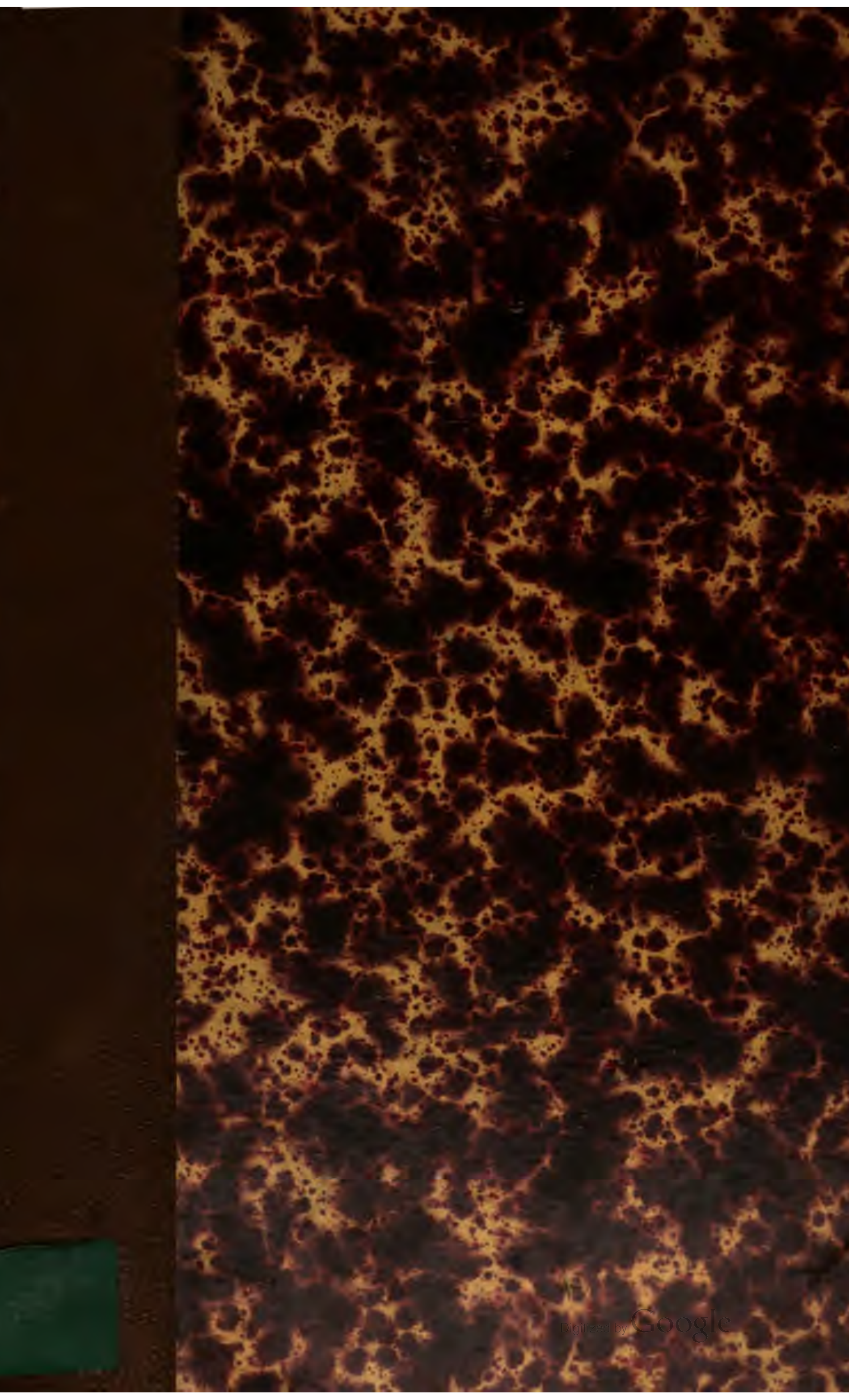
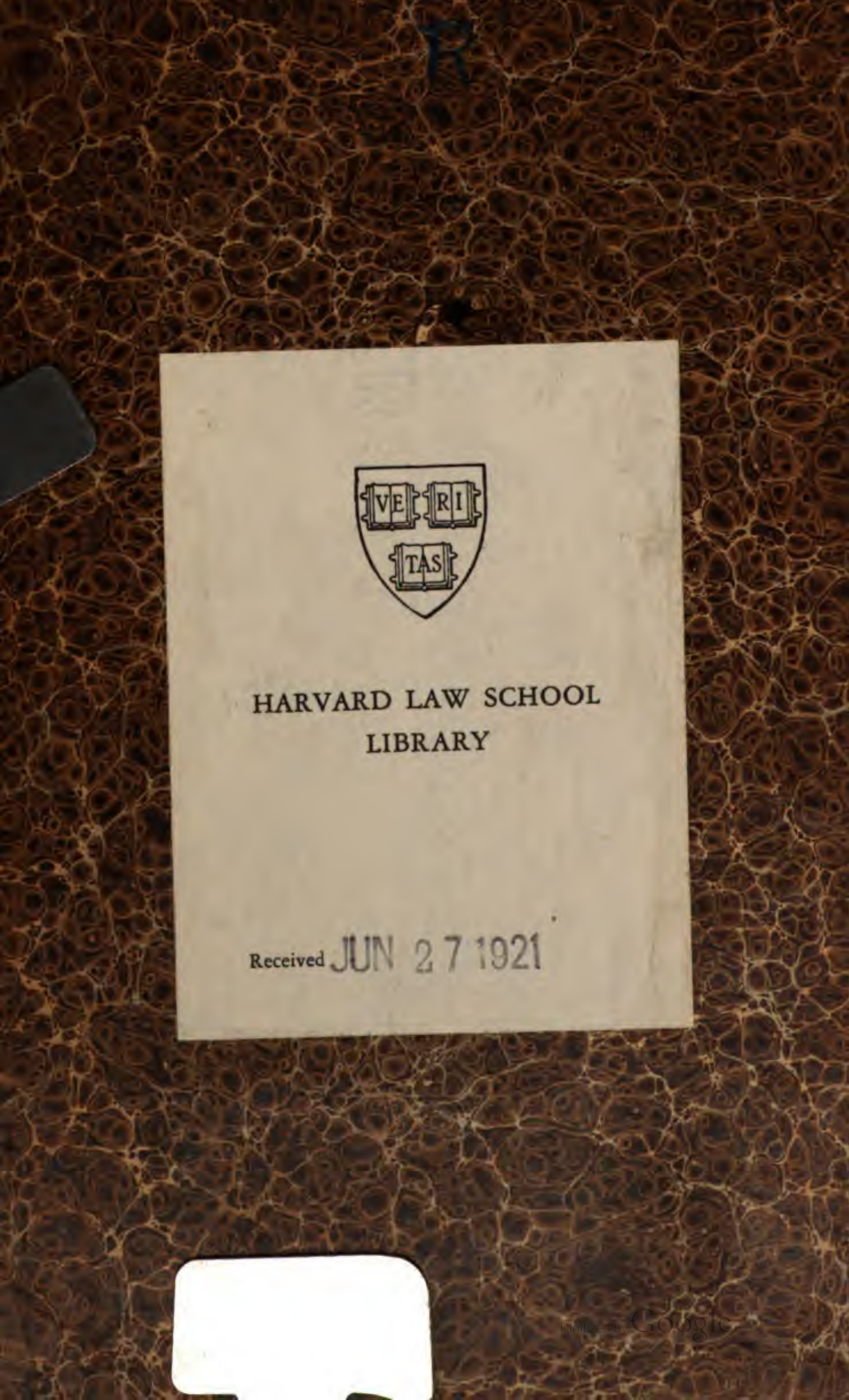






France 2012

ESSAI

SUR L'HISTOIRE ET LA LÉGISLATION

DES

FORMES REQUISES

POUR

LA VALIDITÉ DU MARIAGE,

Par A. DE RICHECOUR,

Docteur en Droit,

AVOCAT ATTACHÉ AU PARQUET DE LA COUR IMPÉRIALE.

Le mariage. . . . .
Cette institution fondée par Dieu lui-même à l'origine du monde, que le législateur humain peut bien réglementer, mais dont il ne peut altérer les principes ni les conditions essentielles. . . . . .

DEMANTE, *Rapport à l'Assemblée législative, sur la proposition de MM. Schœlcher et Wallon.*

PARIS,

CH. DOUNIOL, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE TOURNON, 29.

1856

IMPRIMERIE DE BEAU, A SAINT-GERMAIN-EN-LAYE.

ESSAI

SUR L'HISTOIRE ET LA LÉGISLATION

DES

FORMES REQUISES

POUR

LA VALIDITÉ DU MARIAGE,

Par A. DE RICHECOUR,
Docteur en Droit,
AVOCAT ATTACHÉ AU PARQUET DE LA COUR IMPÉRIALE.

Le mariage. . . . .
Cette institution fondée par Dieu lui-même à l'origine du monde, que le législateur humain peut bien réglementer, mais dont il ne peut altérer les principes ni les conditions essentielles. . . . . .

DEMANTE, *Rapport à l'Assemblée législative, sur la proposition de MM. Schœlcher et Wallon.*

PARIS,
CH. DOUNIOL, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
RUE DE TOURNON, 29.

1856

dire avec Montesquieu que le mariage est un contrat si naturel, que dès qu'il se trouve une place où deux personnes peuvent vivre commodément, il se fait un mariage, hâtons-nous de l'ajouter, c'est en même temps le plus solennel des engagements, et toujours des formes déterminées ont consacré son existence.

La célébration du premier mariage remonte à l'origine même du monde, à l'Éden primitif; car les opinions les plus accréditées s'accordent sur cette croyance, que la société de l'homme et de la femme, instituée par Dieu, fut la société même du mariage, et qu'Adam et Ève furent véritablement mariés pendant l'état d'innocence : Dieu, dit l'Ecriture, ayant formé Ève, et l'ayant amenée à Adam, les bénit tous les deux en leur disant : « Croissez et multipliez. » Et Adam à la vue d'Ève son épouse s'écria : « L'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à sa femme, et ils seront deux dans une même chair (1). » Ainsi l'on peut dire que la célébration elle-même du mariage est d'origine divine avant d'appartenir aux législations humaines.

Il est vrai que, suivant l'histoire profane, antérieurement à l'établissement des sociétés politiques, les deux sexes, dans leur union, ne suivaient que leurs appétits brutaux; les femmes appartenaient à celui qui s'en saisissait le premier, et passaient entre les bras de quiconque avait la force de les enlever ou l'adresse de les séduire. Ces dérèglements des premiers âges sont rappelés par Horace dans deux vers dont l'énergique expression nous dispensera de plus amples détails :

> Quos venerem incertam rapientes more ferarum
> Viribus editior cædebat, ut in grege taurus (2).

Les résultats de ces accouplements licentieux durent promptement faire sentir aux hommes réunis en aggrégations le besoin de ces formes protectrices qui devaient assurer à l'union des époux cette fixité sans laquelle elle n'est qu'un désordre, et un caprice dangereux.

(1) Genèse, II. — (2) Horace, Satir. 3, liv. 1.

Ce serait une curieuse histoire que celle des formes qui chez les divers peuples ont présidé au mariage : nous ne pouvons ici, avant d'aborder cette question dans le cadre plus restreint qui est le nôtre, que retracer rapidement quelques-uns des caractères généraux des solennités en usage dans l'antiquité ; le consentement des futurs époux et de ceux sous l'autorité desquels ils étaient placés, fut toujours le préliminaire indispensable et comme le point de départ des cérémonies du mariage. Quant aux solennités de la célébration, elles ont, selon les époques, revêtu des caractères bien différents : elles variaient même selon la classe sociale à laquelle appartenaient les contractants. Très-simples pour le peuple, ces cérémonies étaient souvent très-pompeuses pour les personnes riches ou d'une condition élevée.

Autrefois, comme aujourd'hui, on aimait à environner d'éclat cet acte qui a sur la vie de ceux qui le font les conséquences les plus décisives. Ce n'est pas sans intérêt que nous lisons dans les Voyages du jeune Anacharsis la description brillante des noces de deux jeunes habitants de l'île de Délos (1).

Nous y voyons le sentiment de ce double caractère à la fois surnaturel et humain, qui a fait du mariage l'objet des soins spéciaux et des législations, et des religions à la fois ; car, selon que le remarque Montesquieu, dans tous les pays, dans tous les temps, aussi bien que la loi civile, la religion s'est mêlée des mariages (2) ; et la raison qu'il en donne est digne d'attention : « Dès que certaines choses ont été regardées comme impures ou illicites, et que cependant elles étaient nécessaires, il a bien fallu y appeler la religion pour les légitimer dans un cas, et les réprouver dans les autres. » En dehors de toute révélation, c'est là, il semble, une cause suffisante pour légitimer cette intervention religieuse sans laquelle il serait difficile de concilier le double caractère du mariage participant en même temps à la nature des actes nécessaires, et à celle des actes illicites.

(1) *Voyage d'Anacharsis*, t. 6, p. 77. Paris, édition de 1789, in-8°.
(2) *Esprit des lois*, liv. 16, chap. 13.

L'histoire est ici d'accord avec la nature et la raison : le nom de la divinité présidait aux alliances contractées sous la tente des patriarches de l'ancienne loi. Dieu parlait lui-même par la voix des pères et des anciens, premiers pontifes de ces âges reculés du monde, comme il bénit plus tard les noces du peuple qu'il s'était choisi par les mains des prêtres qu'il avait consacrés. Les Juifs venaient chercher la bénédiction nuptiale des pontifes de l'ancienne loi, au milieu de pompeuses cérémonies dans le temple redouté de Jérusalem, et leurs descendants cimentent encore à la face de leurs ministres ces alliances exclusives, appelées à perpétuer cette race sans chef et sans patrie, qui promène dans le monde ses mystérieuses destinées, comme pour attester malgré elle le Dieu qu'elle s'obstine à méconnaître.

Si nous demandons aux législations qui ont obscurci la vérité primitive par l'erreur ou l'ont défigurée par les passions, ce qu'elles pensaient du mariage, nous voyons les plus sensuelles s'épurer pour allumer le flambeau nuptial, et le voluptueux Olympe choisir ses plus chastes dieux pour consacrer les devoirs de l'hyménée.

L'Égyptien se mariait en invoquant Isis, les Mèdes à la face du soleil qu'ils adoraient. Les Perses allumaient la torche de l'hymen au feu sacré dont ils avaient fait leur Dieu. A Athènes la célébration du mariage était environnée de cérémonies allégoriques qui n'excluaient pas le caractère religieux : sans le sacrifice à Minerve, cette divinité tutélaire à laquelle étaient consacrés les particuliers aussi bien que la cité et la chose publique, il eût semblé aux jeunes époux que le lien qui les unissait eût été sans force. L'alliance des formes civiles et religieuses est ici pleine d'intérêt. La jeune mariée devait être enlevée avec une violence simulée de la maison de ses parents : ceux du mari venaient la chercher dans sa demeure, où elle était parée au milieu de sa famille et de ses amis ; on leur en refusait l'entrée ; ils en feignaient le siége et enlevaient la jeune épouse comme malgré elle pour la conduire au temple, où il était seulement permis à l'époux de la recevoir. Ainsi l'idée religieuse inhérente à la formation du lien conjugal,

voilà ce qui apparaît même chez ce peuple où le culte de l'homme semble avoir fait parfois oublier celui de la divinité.

Si enfin nous arrivons jusqu'à cette Rome dans la législation de laquelle semblent s'être réflétées toutes les autres, nous voyons que les Romains des premiers âges venaient puiser au temple des dieux ou à l'autel des pénates, ces austères vertus d'épouse et de mère, qui firent Lucrèce et Cornélie : le mariage des beaux jours de la république nous le montrera bientôt. Il faut en dire autant des barbares qui vainquirent le grand empire romain : eux aussi avaient religieusement célébré leurs chastes alliances au sein des forêts de la Gaule et de la Germanie. Cette vérité ineffaçable a traversé les mers comme les siècles : elle éclate aux bords du Gange comme aux rives du Nil, sur l'Euphrate comme sur l'Amazone, dans l'ancien monde comme dans le nouveau. L'Indien se promène sur le palanquin nuptial consacré par la bénédiction du bramine, le Chinois se rend à la pagode, et le Japonais à l'autel du bonze ; et quand la main de Colomb leva enfin le rideau qui nous cachait l'Amérique, les deux grandes civilisations du Mexique et du Pérou montrèrent leurs jeunes époux échangeant leurs serments au pied des sacrificateurs et des Incas.

Mais revenons à Rome.

PREMIÈRE PARTIE.

DES FORMES DU MARIAGE A ROME.

CHAPITRE I.

Prolégomènes.

Un double point de vue est nécessaire pour envisager le mariage dans le droit romain : si, d'une part, sa notion philosophique et juridique nous apparaît dans une sphère sereine et pure, d'autre part ses formes, bientôt matérialisées selon les goûts et les caprices d'une société dégénérée, se présentent à nos regards comme un contraste étrange, et une réalité décevante. Quand on considère la définition qu'en a donnée le jurisconsulte Modestin, la couleur austère et pleine de pudeur des mots qui servent à l'exprimer, les cérémonies elles-mêmes qui l'inaugurent, en un mot sa théorie abstraite, on est surpris de voir dans le paganisme une intelligence aussi élevée de cette institution, dont la civilisation chrétienne semblait pouvoir donner seule au monde le véritable sens. D'un autre côté, lorsque l'on considère la pratique du mariage tel que nous le montre la décadence, la solennité du contrat primitif remplacé par le seul consentement sans aucune autre formalité civile ou religieuse; ce même consentement défaisant seul, à l'aide du divorce et de la répudiation, ce que seul il a formé; l'adultère affiché au grand jour, si bien que les femmes sont annuelles comme les consuls; le mariage enfin traîné si bas dans l'opinion publique, qu'Auguste se croit obligé d'y attacher, par ses lois pappiennes, un avantage pécuniaire comme à une spéculation, sans songer qu'en enlevant au lien conjugal sa spontanéité il faisait disparaître toute sa moralité; on ne peut s'empêcher d'en tirer cette conclusion : Le mariage tel que le conçut le spiritualisme de la loi romaine, cette raison écrite de l'humanité, ne pouvait dans la pratique se maintenir à la hauteur de sa notion théorique sans cette force mystérieuse et efficace de réglementation dont le principe chrétien seul, dans l'histoire du monde, a eu le secret.

Toutefois, détournons un instant les regards du matéria-

lisme pratique que nous présentent les faits, et sachons rendre justice au spiritualisme de la loi. Pour trouver le premier anneau de cette chaîne qui unit les deux époux, demandons au jurisconsulte comment il entend le mariage : ce sera, selon ses expressions : « Conjunctio maris et fœminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio (1). »

Mais entre l'époque d'où date cette définition et celle de Justinien, la pensée humaine s'est encore épurée, et le législateur chrétien ne voit plus seulement dans le mariage cette union des deux sexes dont l'un appelle l'autre, dans toute la série des êtres animés, *conjunctio maris et fœminæ*, désignant ainsi le caractère le plus infime de l'union qui préside à la reproduction des espèces; il est devenu pour lui, *conjunctio viri et mulieris*, l'union de l'homme et de la femme, les plus nobles des vivants, l'union enfin de deux personnes de la famille humaine que la loi de leur création appelle à vivre en commun et à se compléter l'une par l'autre, selon cette parole de la Genèse qui fait de la femme un aide de l'homme semblable à lui « adjutorium viro simile ejus » (2).

Et ces caractères essentiels exprimés par les expressions « consortium omnis vitæ, divini et humani juris communi- » catio, individua vitæ consuetudo, » que sont-ils autre chose, sinon cette grande loi de la perpétuité et de l'indissolubité du lien conjugal, que le paganisme lui-même avait conçue comme tellement fondamentale dans le mariage, que sans elle il ne le croyait point possible et le regardait au contraire comme un péril social. L'expérience montra promptement que ces législateurs ne s'étaient pas trompés; car, lorsqu'au temps de Cicéron le divorce, qui avait été un scandale dans les premiers siècles de la république, fut devenu l'histoire de chaque jour, et que les dames romaines trouvèrent plaisant de compter les années, non plus par les consuls, mais par leurs maris, Rome était à la veille de sa décadence.

Remarquons encore, à la louange du jurisconsulte romain, qu'à ses yeux le mariage était plus qu'un contrat : c'était une union, *conjunctio*. — En effet, le droit romain ne reconnaît la nature et le titre de contrat qu'aux conventions qui touchent directement aux intérêts pécuniaires. Le commerce, en un mot, dans le sens romain, est la matière des contrats; or les droits des familles ne sont pas dans le commerce, et à

(1) Lib. 1, D. de nuptiis. — (2) Gen. II, 18, 20.

la tête des droits de famille il faut ranger le mariage. Si les contrats produisent des obligations, le mariage produit des devoirs; donc, en mettant le mariage romain au rang des contrats consensuels, et en l'assimilant à une société ordinaire, le commentateur Doneau nous paraît avoir commis une erreur qu'il eût évitée s'il s'était reporté aux termes précis des définitions que nous venons de rappeler (1).

Mais ce n'est pas assez d'avoir déterminé la nature de l'union conjugale avec son couronnement l'indissolubilité, il faut à cet édifice une base; et cette base n'est autre que la parfaite égalité de condition et de dignité, qui associe pour toujours tous les maux et tous les biens de la vie des deux époux, et distingue ainsi le mariage du concubinat, appelé à Rome *inæquale conjugium* (2).

Ubi tu Caïus ego Caïa, disait la femme lorsqu'elle entrait dans la maison conjugale : et c'est alors seulement qu'elle quitte sa famille originaire pour entrer dans la famille de son mari, où elle devient *materfamilias,* partage les droits de succession (3), fait profiter son conjoint de ses acquisitions de propriété (4), quitte enfin les dieux domestiques sous la protection dequels elle est née, pour adopter le culte des dieux de celui-ci (5).

Enfin un autre caractère du mariage romain, c'est le but même qu'on s'y propose, la propagation de l'espèce; et c'est là, quoique les définitions soient muettes sur ce point, un nouveau rapprochement qu'on peut lui assigner avec la définition moderne de notre mariage chrétien; c'était en effet une formule consacrée que celle-ci : *Uxorem ducere, liberorum quærendorum gratia.* Il est certain que devenir père semblait aux Romains et le mobile et la justification du mariage : c'était un devoir public et sacré; ils prenaient une épouse pour en avoir des enfants. Ainsi le mariage nous apparaît dans la législation romaine avec tous les caractères qui l'élèvent et le spiritualisent chez nous; cette indissolubilité, cette égalité, cette union des âmes et des vies aussi bien que des corps, cette transmission enfin de la vie que se partageaient les époux à des êtres nouveaux qui allaient continuer leurs personnes et leurs noms.

(1) Comm. jur. civ., lib. 13, cap. 21. — (2) C. 3 de nat., lib.
(3) G. III, 3. — (4) G. II, 86, v. 90.
(5) Heineccius, Antiq. rom. de nuptiis, § 4, 6.

Mais, il faut l'ajouter, cette conception idéale du mariage, si elle fut dans la pensée des sages et des législateurs, dépassait trop les forces et les instincts d'une société païenne pour se maintenir dans la région des faits comme dans celle des idées.

A côté des *justæ nuptiæ*, mais non au même rang, nous voyons en vigueur, bien avant la décadence, le concubinat, tempérament approprié aux faiblesses des mœurs et aux habitudes des classes inférieures de la société.

Ainsi la loi Julia crut devoir permettre expressément le *concubinatum*, et le désigner sous ce nom pour l'affranchir des peines du *stuprum : nomen per leges assumpsit* (1). Il avait même un certain nombre de règles communes avec le mariage. En effet, toléré par la loi civile, il ne pouvait pas, sous ses yeux en quelque sorte, exister entre des personnes dont le commerce aurait offensé gravement l'ordre public. Défense était faite à un homme marié d'avoir une concubine, à un célibataire d'avoir plusieurs concubines à la fois (2). La parenté et certaines raisons de convenance formaient empêchement au concubinat; le fils, par exemple, ne devait pas prendre pour concubine une femme qui avait été la concubine de son père; un frère, la fille de sa sœur (3). Cependant on aurait tort d'en conclure que le concubinat pouvait être confondu avec le mariage et appelé du même nom; car les principaux caractères que nous avons trouvés dans le mariage manquent ici : sans doute l'indissolubilité se retrouve dans l'une et l'autre union, mais les concubins ne faisaient pas à la concubine qui n'était plus *uxor*, l'épouse, mais seulement *mulier*, la demi-femme, l'honneur d'en attendre des enfants; ils n'échappaient point aux peines de l'*orbitas* et du célibat; le concubinat enfin supposait généralement dans la femme une infériorité de mœurs ou de condition qui l'empêchait de participer aux dignités du mari, ne lui conférait même aucun droit à sa succession, et qui ne permettait de lui faire que des dons modérés (4). Aussi quoique le concubinat ait été rangé à Rome à la suite des différentes espèces de mariage autorisées, il ne saurait être mis sur la même ligne, puisqu'il ne produisait presqu'aucun des effets des justes noces, ni la dot, ni la puissance maritale, ni la puissance paternelle, puisqu'enfin il

(1) L. 3, de concub. — (2) C. de concubitu.
(3) L. 56, de r. n. Loi 1, § 3 de concub.
(4) Liv. 1, § 1; L. 3, de concub. — Loi 64, § 1, de conditionibus et demonstrationibus.

s'en distinguait à la fois, et par l'intention des parties, et par l'affection de l'homme, et par la dignité de la femme.

Ce serait donc flétrir trop facilement la dignité du mariage Romain que de prétendre lui assimiler entièrement le concubinat (1); on ne peut, à proprement parler, y voir que l'échelon intermédiaire dans la série des unions en usage, laquelle couronnée à son faîte supérieur par le mariage véritable, se terminait à son étage inférieur par le *stuprum*, dans lequel il faut confondre la violation trop multiple en ses formes des lois fondamentales du mariage, qu'autorisa la décadence, alors même qu'elle en conservait la fiction ou une vague réminiscence. Les mots d'ailleurs, qui, dans cette langue philosophique, exprimaient et nuançaient si bien les choses, caractérisent merveilleusement la différence morale qu'il faut attribuer aux deux grandes catégories d'unions qui se pratiquaient à Rome.

L'union que j'appellerais naturelle c'est le *concubitus*, commerce physique qui rappelle la définition primitive : *conjunctio maris et feminæ;* mais le mariage véritable, celui que nous définirions avec Justinien *conjunctio viri et mulieris*, parce qu'il appelle à sa suite, non pas seulement des instincts, mais des devoirs, celui-là nous le trouvons signalé à Rome par trois expressions empreintes encore de spiritualisme : C'est d'abord *conjugium*, c'est-à-dire un engagement mutuel : *quasi commune jugum*.

C'est ensuite *nuptiæ* ou *justæ nuptiæ*, les noces (*nubere*), expression qui rappelle le voile dont, pendant la cérémonie, la mariée se servait pour cacher sa pudeur aux regards curieux, et qui, par un privilége singulier, semble voiler, en même temps qu'elle les exprime, les mystères de la couche nuptiale. C'est enfin *matrimonium*, mot qui résume toute la philosophie du mariage en rappelant aux époux leurs devoirs respectifs : aux maris leur titre de chef de famille qui en fait les protecteurs, les gardiens, et comme les tuteurs de la personne et des biens de leurs femmes; et à celles-ci ces devoirs de mère qui les lient pour jamais à l'éducation de leur famille (*matris munus*.) De ces trois expressions, celle qui s'associe davantage à l'ensemble des cérémonies mêmes du mariage, c'est le mot *nuptiæ*. Voulez-vous savoir, dit Quintilien, ce que nous ap-

(1) Le concubinat légal, grâce à l'influence des idées chrétiennes, a disparu de toutes les législations modernes, si ce n'est de l'Allemagne où il se pratique encore sous le nom de mariage de la main gauche, ou morganatique.



pelons les noces : voyez cette jeune fille que son père a livrée à son époux, et qui marche dans un appareil de fête au milieu du concours du peuple (1). Ensuite le nom des cérémonies du mariage fut appliqué au mariage lui-même ; mais il ne paraît pas l'avoir été d'abord à tout mariage. Il fut longtemps réservé à cette union dite *justum* ou *legitimum matrimoniam*, qu'on semble avoir opposée à un mariage imparfait, *non legitimum* (2), celui que contractaient ensemble un citoyen romain et une Latine ou Pérégrine, avec laquelle il n'avait pas le *connubium*.

Cette union se distinguait du mariage légitime ou spécial aux seuls citoyens romains entr'eux, en ce qu'elle ne produisait pas la puissance paternelle, ne donnait point le droit à l'homme d'intenter contre la femme *jure mariti* l'accusation d'adultère qu'il ne pouvait intenter que *jure extranei*. Le temps fit tomber en désuétude la distinction du mariage parfait ou imparfait ; et dans la définition des instituts figurent comme synonymes les mots *nuptiæ* et *matrimonium*, qui expriment indifféremment ou les cérémonies qui ont présidé au lien conjugal, ou les devoirs et les droits nouveaux créés pour les époux par le mariage accompli selon les formalités prescrites.

Nous arrivons à ces formes requises pour contracter légitimement le mariage.

Quelles sont à Rome les formalités nécessaires à la validité du mariage ? telle est la question qui doit préoccuper le jurisconsulte.

La forme du mariage, disent les commentateurs, consiste dans un consentement ; et cependant, le consentement semble dans la pratique n'être pas suffisant, puisque des modes déterminés président aux diverses espèces d'unions. Il y a donc des formalités préliminaires ou essentielles, qui sont les consentements requis par la loi ; il y a les formalités concomitantes, qui sont les cérémonies proprement dites. Nous aurons à examiner dans quel sens il est vrai de dire que le consentement est suffisant, et aussi jusqu'à quel point les cérémonies sont nécessaires à la perfection du lien conjugal.

(1) Declam. 306. — (2) V. l. 37, § 2, ad municip. — G. I, 56.

CHAPITRE II.

Consentement.

Il ne saurait y avoir de mariage, dit le jurisconsulte Paul, sans le consentement de toutes les parties, c'est-à-dire de ceux qui se marient et de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent.

En ce qui touche le consentement des époux, il est tellement de l'essence du mariage, qu'on a été jusqu'à dire qu'à Rome il constitue le mariage; si bien que là où se trouve évidente une volonté réciproque de se prendre pour mari et femme, là aussitôt il existe un mariage produisant tous les effets civils, et donnant droit à la protection de la loi. C'est ce qu'exprime cet adage si connu : « Nuptias cousensus facit, non concubitus. » Nous verrons bientôt comment il faut restreindre le sens de ces expressions.

Il est superflu de dire que le consentement donné par les futurs époux doit être effectif et sérieux; dès lors est nul le mariage auquel les parties n'ont consenti qu'en apparence (1) ou dans un moment de folie (2), ou par contrainte (3). Toutefois la crainte révérentieuse du fils qui, par obéissance pour son père, épouse une femme qu'il n'aurait pas épousée si son choix eût été spontané, n'implique pas une contrainte suffisante pour rendre nul ce mariage; car ce fils est censé avoir préféré ce mariage aux suites de sa désobéissance. « Maluisse videtur (4). »

Quand on se rappelle sur quels principes reposait la famille romaine, on comprend facilement que les contractants ne sont pas seuls parties intégrantes au mariage, et que pour qu'il y eût consentement de tous les intéressés, il faut aussi l'assentiment des personnes sous la puissance de qui les futurs époux se trouvent actuellement ou doivent tomber un jour.

En effet, à Rome, le chef d'une famille la tient tout entière sous sa main et sa puissance; nul n'y peut entrer,

(1) L. 30, de rit. nupt. — (2) L. 16, § 2, de rit. nupt.
(3) L. 21, de rit. nupt. (4) L. 22, de rit nup.

nul n'en doit sortir sans sa volonté : il n'est pas moins le maître que le père de ses enfants.

Donc le mariage qui par la *manus* fait entrer sa bru dans sa famille ou en fait sortir sa fille, qui peut enfin lui donner pour héritiers les enfants de son fils, est un fait qui l'intéresse de trop près pour qu'il n'y intervienne point. Ainsi cette solidarité des personnes composant une même famille, cette communauté d'intérêts qui la résume pour ainsi parler dans la personne du père ou de l'aïeul, voilà le fondement de cette autorisation paternelle qui doit venir compléter la volonté des contractants ; et ce serait à tort qu'on voudrait rattacher cette nécessité qu'explique assez l'organisation de la famille romaine, à une pensée de protection spécialement due en cette matière aux jeunes gens que les années et l'expérience n'ont pas encore mûris, puisqu'un adolescent *sui juris* pouvait se marier sans autre consentement que le sien, tandis qu'un homme ne le peut pas dès qu'il est en puissance. Il faut conclure de ces principes que le droit de consentir au mariage dure aussi longtemps que la puissance paternelle, cesse par tout événement qui y met fin comme l'émancipation (1), n'appartient enfin qu'aux personnes qui peuvent avoir la puissance paternelle, c'est-à-dire à l'aïeul paternel d'abord, puis au père, à l'exclusion des aïeules et de la mère. Ajoutons que lorsque le futur époux est sous la puissance d'un aïeul avec son père, le consentement du père est nécessaire comme celui de l'aïeul, puisque les enfants tomberont plus tard sous la puissance de leur père quand celui-ci, par la mort de l'aïeul, sera constitué à son tour chef de la famille, et pourront ainsi devenir ses héritiers. La même règle ne saurait s'appliquer aux enfants de la fille qui, naissant dans la famille du mari de celle-ci, n'ont rien de commun avec leur aïeul maternel.

Gardons-nous cependant de tirer de ces principes des conclusions trop absolues, et ne croyons point que le mariage du fils de famille dépende absolument de la volonté de son père : c'est une justice à rendre à la législation romaine, qu'elle chercha souvent à corriger la rigueur du droit par les règles de l'équité puisées dans le droit prétorien ; nous en voyons un frappant exemple dans la loi Julia. Aux termes de cette loi, le fils a le droit de faire cesser, par l'autorité des proconsuls et des présidents de province, la résistance injuste que son père

(1) L. 25, de rit. nup.

opposait à son mariage, c'est-à-dire de l'obliger à lui chercher un parti, et même, d'après une constitution de Sévère et d'Antonin, à le doter (1).

Les deux seuls cas où la loi dispense le fils du consentement de son père, ce sont ceux d'absence ou de captivité depuis trois ans, et de folie ou d'imbécilité du chef de famille; la raison qu'on peut en donner, c'est qu'ici *publica nuptiarum utilitas exigebat* (2). Toutefois Justinien corrige ce que cette exception pourrait avoir de dangereux, en prescrivant au fils aussi bien qu'à la fille de l'imbécile ou du fou, de prendre, préalablement à son mariage, l'avis du préfet de la ville ou du gouverneur de la province ou de l'évêque, tant sur la personne du futur conjoint que sur la dot et les donations à cause de la mort (3).

Pour que le consentement du père soit sérieux, il doit précéder le mariage : peu importe toutefois la forme dans laquelle il sera exprimé; il peut même être tacite. Si deux personnes veulent, après un premier mariage dissous par un divorce régulier, en contracter un second, il nécessite aussi bien que le premier le consentement paternel. Enfin, quelque nombreux que fussent les priviléges du militaire, s'il était en puissance, il ne lui était pas permis de se marier sans l'assentiment de celui de qui il dépendait.

Les hommes *sui juris* purent toujours se marier sans autre consentement que le leur. Il en fut autrement des femmes : par leur constitution physique, par leur éducation et leur nature morale, les femmes sont plus faibles et plus longtemps susceptibles de céder à la séduction. Pour les protéger contre elles-mêmes, la loi les plaçait jusqu'à vingt-cinq ans sous la direction de leur famille : à cet âge les filles, quoique affranchies de la puissance paternelle, étaient subordonnées pour le mariage au consentement de leur père, ou de la mère si le père n'était plus. Si enfin, privée de son père et de sa mère, confiée aux soins d'un curateur, la jeune fille hésite entre plusieurs compétiteurs également honorables, ou rougit de déclarer ses secrètes inclinations, le juge décide en présence des parents quel est le parti le plus avantageux. Longtemps un précédent mariage parut une garantie suffisante d'expérience et de maturité; et les veuves, pour en contracter un nouveau,

(1) L. 19, de rit. nupt. — (2) L. 10, 11, 12, § 3. — (3) C. 25, de nupt.

furent dispensées de tout consentement étranger : mais le mariage que vient de dissoudre un événement imprévu n'a fait peut-être que rompre les liens d'une timidité salutaire, et de jeunes veuves sont souvent plus libres et plus exposées. Ces considérations firent soumettre aussi le mariage des veuves à l'assentiment de leurs parents : restées orphelines, les filles et les veuves, au-dessous de vingt-cinq ans, étaient tenues de soumettre leur projet d'union à l'assentiment des parents les plus proches, leurs héritiers présomptifs. Mais le refus qu'on y opposait n'était pas un arrêt irrévocable : la fille ou la veuve pouvait en appeler aux juges publics, et leur sentence décidait du mariage (1).

CHAPITRE III.

Cérémonies.

Quoique le mariage à Rome réside essentiellement dans le consentement, et qu'il existe indépendamment de toute cohabitation, il est néanmoins intéressant pour la science du droit de préciser le moment, l'acte, ou, si l'on veut, la forme juridique qui donne à ce consentement une valeur appréciable, qui créera pour les époux une situation nouvelle dans la société, et enfantera cette puissance maritale à laquelle va se joindre bientôt la puissance paternelle. Or, ce qui apparaît dans la forme du mariage Romain, la cérémonie principale que les autres ne faisaient que préparer, embellir ou conclure, c'était une conduite solennelle de la femme au mari, *pompa, deductio.*

Les Grecs, les anciens peuples du Latium, avaient connu le même usage ; et le culte de la déesse *Domiduca,* qui se rattache aux antiquités latines, atteste que déjà c'est dans cette pensée que se résume le mariage pour les ancêtres de ce peuple, fidèle observateur des traditions séculaires. Ajoutons toutefois que les Romains n'avaient pas eu l'idée de faire de la célébration des noces un acte public dans lequel dut être exigée l'intervention de la société. Ils avaient complétement

(1) L, 17, 20, de nuptiis.

laissé ce contrat dans la classe des actes privés : à l'aide de ces notions préliminaires on peut expliquer cette espèce de mobilité qui préside aux formes en usage pour la tradition de la femme au mari.

Remarquons toutefois que si le mariage n'exigeait aucune forme déterminée, certaines cérémonies accessoires des *justæ nuptiæ* avaient pourtant une grande importance, puisque sans elles la *manus* ne pouvait appartenir au mari, à moins qu'il n'eût en quelque sorte usucapé sa femme par l'usage; et encore cette usucapion résultant d'une possession continuée durant l'espace d'une année entière, la femme qui en était l'objet pouvait toujours l'interrompre au moyen d'une absence de trois nuits consécutives hors du toit conjugal.

Cette nécessité d'une année de possession continue pour l'acquisition de la puissance maritale, dut rendre plus fréquent l'emploi de certaines formalités religieuses et civiles dont le résultat était de produire cette puissance immédiate, je veux dire la confarréation et la coemption : c'est à ce point de vue qu'elles doivent trouver ici leur place.

La *confarreatio*, empruntée aux rites religieux de l'Étrurie et introduite par Numa, était accompagnée de pompes de publicité et de cérémonies symboliques : elle tirait son nom de l'offrande du gâteau sacré que les époux se partageaient comme signe de la communauté d'existence qui allait commencer pour eux : elle demandait la présence de dix témoins, et était consacrée par des paroles solennelles. Toute personne ne pouvait pas en avoir l'honneur : mais à qui était réservé cet honneur? Les interprètes ne s'accordent pas dans leur opinion. Les uns disent qu'il n'appartenait qu'aux patriciens, d'autres aux pontifes seulement : il en est qui pensent qu'il était circonscrit dans la classe des citoyens Romains.

Ce qui a pu faire dire qu'il n'était donné qu'aux pontifes de se marier par *confarreatio*, c'est que les prêtres de Jupiter, connus sous le nom de Flamines, ne pouvaient être choisis que parmi les patriciens nés de ces unions solennelles.

L'immolation d'une victime, la consécration de ce gâteau de froment pur, se rattachant, dit-on, au mythe de Proserpine fille de Cérès, qui ne put quitter la demeure de Pluton parce qu'elle y avait goûté d'un fruit mystérieux, tout cet appareil religieux déployé dans un temple, devant l'autel de Junon, sous les auspices du grand-prêtre et du flamine de Jupiter, attestent la haute idée que les anciens Romains s'é-

taient faite du mariage ; ils ne croyaient pouvoir lui donner de garantie plus efficace qu'en l'associant au culte de la divinité Aussi cette sorte de consécration donnée dès l'abord au mariage ainsi célébré lui imprimait, aux yeux de tous, un caractère particulier d'indissolubilité qui excluait dans les *confarreatæ nuptiæ* la faculté du divorce et de la répudiation permis dans les autres mariages. Durant la vie des époux, le mariage *per confarreationem* ne pouvait être rompu que par des moyens semblables à ceux qu'on avait employés pour le former, et une autre cérémonie religieuse appelée *diffarreatio.*

Quand Rome vit s'altérer ces traditions primitives qui lui faisaient rattacher à ses dieux les institutions de la patrie, quand elle cessa de mettre dans la bouche de ses poëtes cette parole qui avait fait la force de sa jeunesse, « *a Jove principium,* » alors, au rapport de Tacite, devint de plus en plus rare la pratique des *confarreatæ nuptiæ :* la difficulté des cérémonies qu'on voulait s'épargner et la peine qu'éprouvaient les pères à voir enlever à leur puissance les fils qui devenaient flamines et les filles qu'épousaient ces pontifes, firent substituer peu à peu à la *confarreatio* la seconde forme du mariage connue dans la législation Romaine, la *coemptio.*

Un mode de mariage moins élevé, mais plus usité et aussi efficace pour la légitimité de l'union, se pratiquait sous l'apparence d'un achat, *ex coemptione.* Cet achat était destiné à faire acquérir la femme par le mari suivant les formalités civiles nécessaires à l'établissement de la propriété quiritaire ; la balance, la pièce de monnaie, la répétition des formules consacrées, l'intervention de cinq témoins citoyens Romains, étaient requises comme pour toute vente civile (1).

Quand les deux contractants s'étaient demandé tour à tour s'ils voulaient se donner l'un à l'autre, et que chacun avait répondu qu'il le voulait bien, cette double vente figurée de la femme au mari et du mari à la femme, celle-ci en livrant sa main passait au pouvoir de son époux. En se rendant à la demeure du mari, l'épouse apportait trois deniers, un à la main qu'elle lui donnait, un dans sa chaussure qu'elle offrait aux dieux, et l'autre dans une bourse d'où elle le tirait pour le déposer près de l'habitation. Le premier figurait le prix de l'acquisition de son époux ; le second, des pénates ; et le troisième, de l'entrée de la maison. On a prétendu que la fic-

(1) Gaius, I, 112. — Tacite, Ann. IV, 6.

foi, jusqu'au jour où une plume réparatrice est venue lui rendre, par la mise en lumière d'irréfutables témoignages, sa véritable et touchante signification (1).

Quelles que fussent à Rome les conséquences pratiques de cette consécration du premier jour à la Pudeur, comme elle ne permettait à la nouvelle mariée d'exercer que le lendemain l'autorité de maîtresse de la maison, et de faire en cette qualité les sacrifices religieux, c'était un usage strictement observé de ne pas se marier un jour qui se trouvait la veille de ceux qu'un décret des pontifes avait déclarés des jours malheureux, par la raison qu'en ces jours il était défendu d'offrir des sacrifices. On prenait encore bien garde que le jour où commençait la cérémonie ne fût troublé par aucun mouvement dans le ciel, ni par aucun tremblement de terre. Outre les cérémonies spéciales à chacune des espèces de mariage que nous avons examinées, l'usage avait consacré, pour les mariages des personnes sorties des classes supérieures, une foule de cérémonies empreintes de charme et de la plus gracieuse poésie. Les Romains s'imaginaient sans doute faire disparaître, en la dissimulant sous les riantes apparences des formes, la rigueur du droit strict.

Ainsi, après la demande de la fille, les fiançailles et les présents d'usage, les futurs conjoints se donnaient réciproquement un baiser qu'on nommait *osculum*, et qu'il ne faut pas confondre avec le *basium* ni le *suavium*; car, ainsi que l'a fort bien distingué Donat, « Oscula officiorum sunt, basia pudicorum affectuum, suavia libidinum vel amorum. »

On indiquait ensuite le jour des noces, ce qui s'appelait *dicere diem nuptiis*.

Le premier jour le fiancé allait rendre visite à sa future. La nuit suivante il couchait chez elle, mais dans une chambre séparée; vers les deux heures du matin la fiancée quittait la maison de son père, et c'était alors à proprement parler que commençait la cérémonie du mariage. Le futur époux se rendait à un temple, où l'on faisait, en présence de dix témoins, le sacrifice dont nous avons vu le détail dans la *confarreatio*.

Au sortir de cette cérémonie la nouvelle épouse paraissait en public couverte d'un voile qu'on appelait *flammeum* et qui était jaune ou couleur de feu, regardée de bon augure, la tête

(1) *Des Droits du seigneur au moyen âge.* (L. Veuillot.)

ornée d'une couronne de cheveux en signe de sa chasteté garantie à son mari, et d'un dard de pique, emblème de soumission; revêtue enfin d'une tunique sans couture sur laquelle on mettait une ceinture de laine de brebis. Dans ce costume, avec lequel elle était sortie de la maison paternelle pour se rendre au temple, elle suivait son père, ses parents et ses amis. Ce cortége était précédé de plusieurs joueurs d'instruments. Parmi les parents des deux époux il y en avait un qui portait un bouquet d'épine blanche; cinq autres portaient des flambeaux de cire; un autre tenait une espèce de corbeille dans laquelle étaient les ustensiles de la mariée : on portait aussi devant elle une quenouille coiffée de laine. Lorsque l'épousée était arrivée avec toute sa suite à la maison de son mari, qui était ornée de feuillage, on lui demandait comment elle se nommait, et elle répondait qu'elle s'appelait Caïa, et prononçait cette formule solennelle : « Là où vous êtes Caïus, je suis Caïa, » pour marquer l'union qui devait lier les deux époux l'un à l'autre. Sur le pas de la porte se trouvaient de l'eau et du feu que les mariés touchaient avant d'entrer dans la maison; alors l'un des parents disait : « Participez à l'eau et au feu de votre mari; » rappelant par là que l'eau et le feu sont les deux choses les plus utiles à la vie que les époux doivent passer ensemble.

Après toutes ces cérémonies, la femme affectait de ne pas vouloir entrer chez son mari, et se tenait avec obstination à la porte, pour marquer qu'elle n'irait que malgré elle dans un endroit où elle devait cesser d'être vierge. Alors les amis communs l'enlevaient, et lui faisaient franchir le seuil de la porte, où elle ne posait pas le pied.

Le reste de la journée se passait en sacrifices, en danses et en repas, pendant lesquels on chantait au son de la flûte des épithalames, du mot consacré *Thalassio*, comme chez les Grecs on chantait Hymen.

Sous le règne de Tibère, au rapport de Tacite, l'usage de ces unions s'était perdu dans presque toutes les familles, et les solennités symboliques avaient fait place aux formalités matérielles qui signalent sur ce point comme sur tant d'autres la décadence des traditions et l'affaiblissement des mœurs.

CHAPITRE IV.

Valeur juridique du consentement et des cérémonies.

Après avoir passé en revue les fondements du mariage romain, et sa forme ou manifestation par les cérémonies nuptiales, il nous reste à apprécier la valeur juridique de ces divers éléments, et à nous demander à quelle condition était soumis le mariage pour arriver à cette existence légale sans laquelle il ne produisait point d'effets civils. Pour qu'il fût valable, suffisait-il du seul consentement ? ou bien fallait-il en outre que la femme eût été mise en possession du mari par la tradition ?

Il est incontestable que les solennités en usage, et même celles de la *deductio* qui semblent avoir plus spécialement résumé sa forme, n'étaient point nécessaires pour que le mariage fût parfait : ce point est établi par plusieurs textes et notamment par la constitution 22 au code des *Nupt.*, qui s'exprime ainsi : « Si pompa aliaque nuptiarum solemnitas omit» tatur, nullus existimet ob id deesse recte alias inito matri» monio firmitatem. » Mais de ce texte faut-il conclure que le consentement suffisait seul à la perfection du mariage ? ou fallait-il en outre que la tradition intervînt sous une forme ou sous une autre, avec son caractère propre, c'est-à-dire la mise de la femme en la possession du mari ? Ce fut une doctrine admise longtemps sans contestation, que le mariage était purement consensuel en droit romain (1).

Il était, d'après une doctrine plus récente, réel ; et la *deductio* exprimait sous une forme ordinaire, mais non pas indispensable, la remise de la femme et la prise de possession du mari sans laquelle les deux époux n'étaient point liés l'un à l'autre.

A l'appui de l'opinion qui veut que le mariage soit un contrat purement consensuel, on invoque comme un argument sans réplique le texte d'Ulpien, qui semble la théorie même du mariage romain dans sa notion la plus générale : « Nup» tias non concubitus, sed consensus facit (2). » Ce consentement, il suffit pour les fiançailles : « Sponsalia consensu con-

(1) Cujas ; Doneau, lib 13, cap. 20, Pothier. — (2) Ulpien fragm., 15.

» trahentium fiunt(1). » La concubine se distingue de l'épouse par la seule intention de celui qui la choisit : « Concubinam » ex sola animi destinatione estimari oportet (2). » Or, l'intention qui suffit pour les fiançailles, qui fait reconnaître le *concubinat*, désigne aussi le mariage : donc aucune formalité n'est nécessaire pour le mariage pas plus que pour le *concubinat*.

Un fragment du texte des Institutes de Gaïus, dans le *Brevarium*, ne semble pas moins explicite : « Legitimæ sunt nup- » tiæ si Romanus Romanam, nuptiis intervenientibus vel » consensu, ducat uxorem (3). » Deux espèces surtout sembleraient décisives dans ce sens : dans la première il s'agit d'un homme « qui absentem accepit uxorem, deindè rediens acænâ » juxta Tiberim decidit. » C'est en qualité d'épouse que cette femme le pleurera. « Ab uxore lugendum (4), » dit le jurisconsulte. Dans la seconde, le principe que les donations ne sont pas permises entre époux soulève la question de savoir à partir de quel moment une donation sera nulle comme ayant été faite entre époux (5). *Seia* doit épouser *Sempronius* à un jour déterminé : elle lui fait une donation dans les formes prescrites, avant la conduite solennelle à la maison du mari, et la signature de l'acte dotal : est-ce là une donation faite entre époux ? La question ne s'élèverait pas, si la *deductio* était nécessaire à la validité du mariage. Dans cette interprétation, tant qu'elle n'aurait pas eu lieu, le mariage n'existerait pas. Ce doute émis par le jurisconsulte suppose donc que les faits énoncés ne renferment pas des éléments de preuve suffisants sur l'existence du mariage : parce que le consentement qui suffit pour le créer avant même la signature de l'acte dotal, et la conduite à la maison du mari, ne résulte pas assez clairement des circonstances qui précèdent. Cet ensemble de textes semblerait décisif en faveur du caractère purement consensuel du mariage romain.

Toutefois l'opinion contraire a prévalu, et c'est, selon nous, à juste titre : en effet, quand nous voyons, à Rome, la femme devenir, dans la forme la plus usitée du mariage, la propriété du mari par le seul fait de la mancipation avec la pièce d'airain et la balance ; quand nous la voyons, en l'absence

(1) Jullien, fragm. de sponsalibus. — (2) L. 5, de concub.
(3) Lib. 1, t. 5. — (4) De rit. nupt. fragm. 6.
(5) L. 66, de donat. int. virum et uxorem.

même de toute solennité, prescrite comme une chose mobilière au bout d'un an de possession, à moins que, par trois nuits d'absence du domicile conjugal, elle n'ait interrompu cette prescription, n'est-il pas naturel d'induire de ces faits la nécessité pratique d'une tradition quelconque de la femme pour que le mariage existât ?

Mais cette induction si naturelle *a priori*, et par le seul examen de la pratique, est surabondamment corroborée par les textes.

En effet, le paragraphe 1er de cette loi 66 sur laquelle se fonde l'opinion contraire, lève le doute que l'on prétendrait tirer par un argument *a contrario* de l'espèce tirée d'une donation faite le jour des noces. Il s'agit d'une jeune fille conduite, ainsi que nous l'avons vu, trois jours avant le mariage dans l'habitation de son fiancé; elle y occupe un pavillon séparé, puis, le jour des noces, avant d'avoir passé dans le logement particulier du mari, *priusquam ad eum transiret*, avant d'avoir été reçue par l'eau et le feu, ce qui fait allusion aux cérémonies de cette transition, cette femme donne au mari dix pièces d'or : cette somme peut-elle être répétée plus tard, comme ayant été donnée entre époux ? Non, est-il répondu, car la donation a précédé les noces : donc le passage de la fiancée de sa maison au domicile conjugal est regardé comme une condition essentielle pour l'existence du mariage.

Si le mariage était consensuel, il s'ensuivrait qu'il pourrait être contracté entre personnes absentes, car il suffirait que leur volonté respective parvînt à la connaissance de chacune d'elles, soit par lettres, soit de toute autre façon ; et l'on peut dire d'une manière générale que les contrats qui n'ont besoin pour exister que du seul consentement, doivent pouvoir se faire par lettres, par messages, aussi bien que par paroles (1). Cependant Paul, dans ses *Sentences*, dit formellement que la femme absente ne peut se marier ni par lettres ni par messages, *femina absens duci non potest* (2) ; donc on exigeait pour le mariage autre chose que le seul consentement, et cette autre chose c'était la présence de la femme sur le lieu du domicile de son mari ; c'était qu'elle pût être conduite à ce domicile. Cette condition accomplie, le mariage sera valide, sans même que la présence du mari à son propre domicile soit indispen-

(1) Inst. liv. 3, t. 22, oblig. ex consensu. — (2) Lib. 2. t 19, § 8.

sable. Et voilà pourquoi le jurisconsulte ajoute : *vir absens uxorem ducere potest;* car son absence du domicile conjugal n'empêche point que la femme puisse y être conduite en vertu du consentement des deux contractants : et c'est cette deductio même, compatible avec l'absence du mari, qui constitue le mariage.

Ne nous étonnons plus dès lors de trouver pour exprimer le mariage ces expressions : « uxorem ducere, uxor duci. » Ces mots, pris dans leur acception naturelle, désignent le mariage dans le fait le plus saillant qui le caractérise. Ils sont ici irréfutables comme démonstration. Si le mariage n'est pas subordonné à cette conduite de la femme, l'expression *uxorem ducere* est une énigme ou un non-sens.

On a prétendu que *uxorem ducere* n'est qu'une expression correspondante à celles-ci, *nubere, nuptiæ,* avec lesquelles elle désigne, tantôt le mariage même, tantôt les cérémonies du mariage. Nous pourrions répondre que le premier sens est le plus fréquent; qu'alors même que l'on veut exprimer la cérémonie du mariage, on désigne naturellement celle dans laquelle il consiste; qu'enfin, dans l'espèce de Paul que nous avons citée, sans parler de ses termes nets et précis, l'expression *uxorem ducere* se trouve placée entre deux règles concernant le mariage et non sa forme, donc l'essence du mariage aussi bien que sa forme c'est une tradition : c'est a tort que Doneau a dit que la *deductio* est seulement nécessaire lorsque les parties en sont convenues : rien ne justifie cette distinction ; et la nécessité de la *deductio,* ou plutôt du principe qu'elle renferme, ressort clairement et sans exception de tous les textes.

Sans cette interprétation, comment interpréter ces lois si explicites, notamment celle d'après laquelle la condition de se marier est remplie dès que la femme a été conduite au mari : « Statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit (1); » et ce texte, par lequel Aurélien décide qu'une donation faite le jour des noces à la fiancée qui était encore dans sa maison, est antérieure au mariage, mais que celle qui est faite après que la femme a été *conduite* dans la maison du mari est postérieure au mariage (2) ?

Quelle signification aurait ce passage de la femme dans la maison du mari, si elle n'indique pas le fait donnant existence au mariage, je veux dire la tradition ?

(1) Dig. 36, 1, de cond. et demonstr. l. 15.
(2) Cod. 4, 3, de don. ante nupt., l. 6.

Ce commentaire, objectera-t-on, explique bien les lois qui représentent la tradition de la femme comme nécessaire au mariage ; mais que deviennent alors les textes qui semblent dire que le consentement suffit ?

Ces antinomies apparentes trouvent leur conciliation dans la théorie suivante :

Les formes symboliques que nous avons vues n'étaient point essentielles à la célébration du mariage, mais servaient seulement à couvrir l'âpre austérité du droit. Le droit, qu'exigeait-il pour qu'il y eût mariage ? Une seule chose, que le mari fût mis en possession de sa femme ; voilà la signification de la *deductio*. Mais cette mise en possession ne pouvait résulter que de la tradition, et dès lors il s'ensuit qu'elle pouvait être effectuée selon toutes les formes que révêtait à Rome la tradition ; car elle n'était elle-même qu'une tradition analogue à celle des choses dont la propriété est transférée. Les règles de cette mise en possession furent donc celles de la tradition. Or la tradition, comment pouvait-elle s'opérer ? C'était d'abord par un déplacement matériel de la chose, qui passe des mains de celui qui donne dans les mains de celui qui reçoit. Ce mode est précisément celui que les mœurs avaient consacré pour le mariage. Voilà donc la portée juridique de cette pompe nuptiale, dans la poésie de laquelle l'examen fait facilement découvrir la conduite ou la remise légale de la femme au mari. Mais la tradition peut se faire aussi par le dépôt de l'objet donné dans un lieu où il est au pouvoir de l'acquéreur, par exemple dans sa maison (1) ; ainsi nous le disent les textes, et pour le débiteur qui dépose devant le créancier l'argent qu'il lui paie (2), et pour le vendeur qui montre à son acquéreur le fonds qu'il lui abandonne (3).

La tradition peut se faire enfin par le seul consentement des parties en présence de la chose : la vue et la volonté suffisent sans le toucher et l'appréhension (4), surtout pour les objets qui, par leur nature ou par leur poids, ne peuvent être facilement déplacés ; tandis que, sans l'intention, le déplacement matériel ne suffit jamais (5).

(1) L. 18, § 2, de acq rer. dom.
(2) Dig. 46, 3, de solut. et liberat., liv. 79.
(3) Dig. 41, 2, acquir. et amitt. possess., l. 1, § 21.
(4) L. 1, § 21, de acq. vel amitt. possess.
(5) L. 18, § 1, de acq. rer. dom.

Il résulte de ces divers modes, que la tradition nécessaire au mariage est parfaite quand la femme a été conduite solennellement à la maison du mari, et remise entre ses mains ; elle l'est encore quand la femme est conduite à la maison du mari et mise à sa disposition, bien qu'il soit absent ; elle l'est enfin, quand le futur et la future, placés en la présence l'un de l'autre, consentent mutuellement au mariage ; et c'est dans ce sens que l'on peut dire que le mariage se forme par le consentement ce qui n'exclut pas la nécessité de la tradition simplifiée ici par la présence des deux époux. Ainsi donc, ces expressions, « matrimonium » contractum consensu intelligitur, » se rapportent au cas où la femme étant en présence du mari au moment où le consentement intervient, ce consentement, emporte tradition. On comprend, au reste, que ce consentement des parties présentes ait pu quelquefois précéder les cérémonies nuptiales, et c'est en ce sens qu'il est vrai de dire encore : « Deductio fit ple» rumque post contractum matrimonium. »

Ainsi s'explique encore pourquoi la femme absente ne peut se marier par lettre ni par messager, puisqu'il faut au moins, pour la tradition, que la femme soit mise en puissance du mari ; tandis que l'homme absent peut au contraire se marier par lettre ou par messager, pourvu que la femme soit conduite dans son domicile, car il y a alors tradition. Ainsi s'explique enfin pourquoi la concubine ne différait de l'épouse que par la seule intention (1). Le fait matériel de la tradition existait à l'égard de toutes les deux ; mais l'intention, *affectio maritalis*, qui fait la tradition légale, manquait à l'égard de la concubine.

Les jurisconsultes, bien qu'ils aient passé sous silence le mot tradition dans les formes du mariage, le considéraient néanmoins comme une prise de possession : la violence simulée, au seuil de la chambre nuptiale, favorise encore cette idée de prise de possession ; et de cette prise de possession à la tradition, l'intervalle est insaisissable, ou plutôt la différence est nulle, puisqu'il n'y a pas de possession sans une tradition préalable.

L'examen approfondi des textes semble donc montrer que le mariage, en droit romain, n'était point parfait par le seul consentement ; mais cette idée de tradition, qui en était la

(1) Dig. 25, 7, de concub., l. 4.

base et qui se perdit d'ailleurs avec les idées chrétiennes régénérant la société conjugale, ne nous autorise pas à dire cependant que le mariage ait été à Rome un contrat réel.

Par un contrat réel on entend un contrat qui produit des obligations garanties par l'action *in personam*, ainsi le louage: mais aux *justæ nuptiæ* se rattachent des devoirs, ce qui ne veut pas dire des obligations dans le sens juridique de ce mot; et l'on n'a jamais prétendu que l'un des époux eût contre l'autre, par suite du mariage, une action *in personam*, ce qui justifierait seulement l'idée d'un contrat réel.

Cette mise matérielle de la femme à la disposition du mari pourrait donc être plutôt considérée comme un état de fait, qui dès lors n'avait rien de commun avec les actions garantissant les situations juridiques créées par les contrats du droit civil.

A l'objection tirée du silence que les jurisconsultes plus récents ont gardé sur la tradition comme forme du mariage, nous ferons une seule réponse.

Ce silence sur le principe de la tradition s'explique fort bien de la part des jurisconsultes des derniers temps, puisqu'à cette époque déjà la pratique et surtout l'idée de la mise en possession du droit strict, avait fait place à des théories plus spiritualistes, fruit de la civilisation chrétienne; le mariage, sous l'influence de ces nouvelles doctrines, cessa d'être cet état de fait auquel l'avait réduit la lettre de la loi romaine: il devint cette société sainte que nous allons voir bientôt vivifiée du souffle et de l'esprit de l'Évangile.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA FORME DU MARIAGE DANS L'ANCIEN DROIT.

CHAPITRE Ier.

Des formalités qui devaient précéder le mariage.

Les efforts de l'Eglise, aussitôt son apparition dans le monde, tendirent, on le sait, à sanctifier le mariage, en y introduisant la notion sainte du sacrement. Cet élément nouveau élève et purifie déjà les prescriptions et surtout les cérémonies pratiquées dans le monde romain; la dernière période du droit se ressent de cette influence salutaire; des règles nouvelles sont posées, et l'idée morale se dégage peu à peu des formes superstitieuses et souvent corrompues du paganisme. Nous ne pouvons suivre pas à pas l'histoire des vicissitudes par lesquelles passa, dans les siècles primitifs de l'ère nouvelle, la forme du mariage. Le cadre restreint de cette étude nous oblige à l'envisager de suite avec les caractères saillants que lui imprime la période religieuse du droit dans laquelle elle vient d'entrer.

Nous y considérerons sommairement les formalités dont on faisait précéder la célébration, les formes qui l'accompagnaient, et la compétence du ministre qui était chargé par la loi civile comme par la loi religieuse de consacrer l'union conjugale.

Les formes préliminaires du mariage avaient, dans l'ancien droit, une grande importance; elles se résument à une seule, la publicité, qui a été de tout temps regardée comme la condition fondamentale de l'union contractée par les époux.

La publicité du mariage avait lieu autrefois par le moyen de ce qu'on appelait les bans de mariage, c'est-à-dire sa proclamation faite dans le double but d'empêcher une union clandestine, et d'arriver à la connaissance des empêchements qui pouvaient exister au mariage projeté.

Cette forme de publicité fut déjà en usage chez les anciens Francs et chez les Lombards ; le mot lui-même a passé d'Allemagne en France : *vox est Germanica*, dit un glossaire ancien, *quæ proclamationem significat*. « Les bans de mariage, dit Pothier, sont des dénonciations publiques qui se font au prône des églises paroissiales, des mariages que les parties dénommées par lesdites dénonciations entendent contracter, avec injonction à ceux qui sauraient des empêchements audit mariage de les révéler (1). »

C'est en effet à l'Eglise que l'on doit la publicité du mariage au moyen des publications préalables ; cet usage fort ancien, puisqu'il paraît avoir existé déjà du temps du pape Evariste (2), contemporain de Trajan, fut adopté de bonne heure dans l'Église de France, mais ne semble pas y avoir eu un caractère obligatoire avant le concile de Trente ; mais, à partir de cette époque, les bans deviennent une prescription civile.

Lorsqu'un curé avait fait les publications prescrites, quiconque pouvait avoir, par quelque voie que ce fût, avis d'un empêchement au mariage annoncé, était tenu sous des peines sévères de le révéler au curé de la paroisse. Il n'était pas même nécessaire que le révélateur fût en mesure de fournir la preuve de l'obstacle qu'il alléguait. Tout ce qu'on demandait de lui, c'est qu'il mît l'autorité chargée de la célébration sur la trace de tout obstacle à l'union projetée ; c'était ensuite au ministre à poursuivre cette investigation dans le sens où il la croyait le plus utile.

Cette intervention indirecte, demandée à la société tout entière, au mariage de chacun, montre une grande sollicitude pour rendre aussi rares que possible ces unions qui, dépourvues des garanties essentielles, n'enfantent le plus souvent que désordre et confusion.

C'était dans l'intérieur de l'église que devait avoir lieu la publication, et avec raison, puisque là aussi devait se faire la célébration.

Afin que la publicité du mariage fût sérieuse, on avait choisi, pour en faire l'annonce, le prône de la messe paroissiale du dimanche, « intrà missarum solemnia, » c'est-à-dire le moment de la semaine qui, dans ces temps de foi et

(1) *Contrat de mariage*, 66. — Fevret, *Traité de l'abus*, liv. 3, ch. 2.
(2) Evaristus, Epistola 1, ad episcopos Africæ. — Saint Augustin, lib. 9. Confess., cap. 7.

d'unité religieuse, rassemblait un plus grand concours de peuple au même lieu.

Cette publication devait se renouveler trois jours de dimanche ou de fête consécutifs : si une fête suivait de près le dimanche, elle pouvait avoir lieu en ce jour, pourvu toutefois qu'il y eût un intervalle compétent d'au moins, un jour franc entre chaque publication, afin de laisser aux oppositions le temps de pouvoir se produire. Nous avons dit que la publication devait avoir lieu au prône; cette règle était si rigoureuse, que toute publication faite dans un autre moment pouvait être déclarée abusive (1).

C'est ainsi que l'on voit le parlement de Paris, par un arrêt du 28 février 1608, déclarer nulle et abusive une publication de bans faite après les vêpres, par le curé de Neufve en Barrois, en présence de l'official de Vaucouleurs, ainsi que la célébration du mariage qui avait suivi immédiatement, nonobstant une opposition : cependant certains auteurs, moins rigoureux, admettaient que les publications pourraient être faites à l'issue des vêpres, et aussi bien «extra ecclesiam quàm in ecclesia, si adsit magnus concursus populi (2). »

Elles devaient être faites par le curé de la paroisse ou par son vicaire, ou par un prêtre par lui commis : « ter a proprio » parochio intra missarum solemnia publice denuntietur » inter quos matrimonium sit contrahendum (3). » Toute publication faite par un autre prêtre n'eût pas été valable ; c'est ce que décida, le 3 février 1692, un arrêt du parlement de Toulouse, qui déclara abusive une proclamation de bans de mariage faite par le doyen de l'église cathédrale d'Ayde, dans une autre paroisse que sa cathédrale, bien qu'elle relevât de celle-ci. Inutile d'ajouter qu'elles ne pouvaient pas davantage être faites par une personne laïque au défaut de curé : on rapporte à ce sujet qu'un sergent ayant, au refus de curé, publié lui-même son mariage à la porte de l'église, fut condamné, par arrêt du parlement de Paris en date du 12 mars 1614, à 24 livres parisis d'amende, et suspendu de sa charge pour six semaines (4).

Les bans devaient être publiés en langue vulgaire, à haute et intelligible voix, de manière à ce que tout le monde les

(1) Pothier n° 74. — Fevret, *Traité de l'abus*.
(2) Sanchez, de Matrimoniis, lib. 3, disput. 6.
(3) *Concile de Trente*, session 24, cap. 1.
(4) Louet, lettre 112, som. 6, num. 6.

entendit; et encore les noms, surnoms, qualités, profession, lieux de naissance et de résidence des parties, ainsi que de leurs pères et mères. La paroisse désignée pour cette publication, était celle où les contractants résidaient au moins depuis six mois; s'ils avaient demeuré précédemment dans un autre diocèse, il fallait une année de résidence dans la paroisse affectée aux publications (1). Si les deux futurs époux étaient domiciliés dans deux paroisses différentes, il fallait dans toutes deux des publications distinctes.

Mais ce n'était qu'après s'être assuré du consentement de l'un et l'autre intéressés, que le curé pouvait procéder à la formalité dont il s'agit : c'était là, en effet, la meilleure garantie contre toute surprise ou violence dont ils eussent pu être les victimes. Toutefois, le consentement des parties ne devait pas suffire. Un mariage contracté contre la volonté de ceux en la puissance desquels ils étaient, ne pouvait être encouragé par la loi ; c'est pour cela que la déclaration du 26 novembre 1639, émanée du roi Louis XIII, enjoignait au curé qui allait publier les bans, de se faire représenter préalablement le consentement des pères et mères, tuteurs ou curateurs des futurs époux, si ceux-ci étaient enfants de famille ou en la puissance d'autrui. C'est à cette source qu'ont été puisées nos prescriptions actuelles sur le consentement et les actes respectueux.

La règle que trois publications devaient précéder le mariage n'était pas sans exception ; dans des cas urgents, et pour des motifs graves, on pouvait obtenir dispense de la publication d'un ou de deux bans ; mais des abus semblent avoir cherché à s'introduire sur ce point, car défense fut faite par deux arrêts du parlement de Paris, en date des 29 novembre 1512, et 27 février 1727, aux officiaux de Paris et de Saint-Flour, d'accorder des dispenses de ban dans des limites autres que ceux spécifiés par l'ordonnance.

Quelque prétexte que l'on pût mettre en avant pour abroger les publications on ne pouvait obtenir en aucun cas dispense des trois bans ; et aux tentatives plus d'une fois faites dans ce sens, l'article 20 de l'ordonnance de Blois dut opposer ce texte formel : « On ne pourra obtenir dispenses, sinon après la première publication faite, et ce seulement pour quelque urgente et légitime cause, et à la réquisition des principaux et

(1) Edit. de mars 1697, art 1.

et plus proches parents communs des parties contractantes »

Malgré cette défense, nous voyons, s'il faut en croire Bardus, tolérer l'absence complète de toute publication; et un arrêt du parlement de Paris, du 13 juin 1634, maintient un mariage pour lequel le grand-vicaire de l'évêque d'Angers avait accordé dispense des trois bans : il fait toutefois inhibition et défense à tous grands-vicaires de ne plus accorder dispense des trois bans *sans connaissance de cause,* à peine de nullité, et de répondre en leur nom de tous les dépens, dommages et intérêts des parties (1).

Deux arrêts des parlements de Paris et de Toulouse doivent cependant être cités comme une réaction contre l'abus de ces sortes de dispenses. Ils sont datés des 27 février 1617 et 22 mars 1644, et déclarent abusive la dispense des trois bans : rien n'indique toutefois que la nullité des mariages ainsi contractés s'en soit suivie. Parmi les causes pour lesquelles étaient le plus souvent accordées ces dispenses, nous trouvons en premier lieu la crainte de voir retarder, pour un long temps, le mariage projeté par une opposition formée malicieusement et mal fondée : « Si probabilis fuerit suspi» cio matrimonium malitiose impediri posse, si tot præcesse» rint denuntiationes (2); » l'infamie dont la publication pourrait être l'occasion pour l'une des parties contractantes; la grossesse de la fiancée qui était de nature à provoquer l'accélération du mariage, afin de ne pas accoucher peu avant ou trop peu de temps après; dans certaines circonstances spéciales, le péril qui pourrait résulter, soit au point de vue temporel, soit au point de vue spirituel, du retard apporté dans la célébration; enfin la crainte de troubles ou de querelles qu'il importait de prévenir ou de terminer par le mariage. L'usage des dispenses d'une ou de deux publications devint, nous devons le dire, de plus en plus fréquent; et il passa en doctrine que l'évêque pouvait les accorder dès que les pères et mères avaient donné leur acquiescement, et sans qu'il fût besoin d'alléguer aucun autre motif (3).

Si le mariage avait été contracté sans les publications prescrites, qu'advenait-il? Ici l'ordonnance de Blois est plus explicite encore : la prohibition qu'elle a faite précédemment

(1) Bardet, t. 2, liv. 3, chap. 23. (Voir Paris, 11 juillet 1608,
(2) *Concile de Trente,* sess. 24, cap. 1.
(3) Arrêt de réglement du 22 décembre 1687.

de dispenser de plus de deux publications, n'avait pas pour sanction la nullité du mariage : on ne peut en dire autant de l'art. 40 : « Nos sujets, dit cet article, ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation préalable de bans. » La conséquence de ces expressions, c'est la nullité du mariage contracté à la fois sans publication et sans dispense. Cette disposition est encore corroborée par les articles 12 de l'édit de 1606, et 1er de la déclaration de 1639.

Toutefois, sur ce point comme sur tant d'autres, la rigueur de la loi fut singulièrement adoucie dans la pratique, et l'usage restreignit la nullité aux mariages contractés par des mineurs de 25 ans sans le consentement de leurs parents (1). Quand des majeurs ou même des mineurs, du consentement de leurs pères et mères (2), s'étaient unis sans les publications préalables, s'il n'était pas d'ailleurs entaché de clandestinité, ce mariage était valable. Cette interprétation fut approuvée par une déclaration du 16 février 1692, relative à l'insinuation de la publication des bans et dispenses de mariage. La jurisprudence civile, en adoucissant ainsi la rigueur de sa solution primitive, eut sans doute pour but de se mettre en harmonie avec la doctrine religieuse. En effet, nous voyons dans le concile de Trente que le mariage contracté sans aucune des trois publications, dans le cas même où il n'aurait pas été obtenu de dispenses, n'était pas nul pour cela ; seulement le défaut de publication créait un empêchement prohibitif. Cette doctrine n'était d'ailleurs que la confirmation des dispositions primitives sur les bans de mariage.

Cette solution devint également celle des jurisconsultes : « Banna enim, quamvis ad majorem cautelam fuerint adjecta, » non sunt usque adeo necessaria ; » — et ailleurs on trouve la même opinion : « Emissionem bannorum, sit licet de juris » necessitate, tamen sine illis matrimonium esse dici potest, » si aliæ solemnitates intervenerint (3). »

(1) Arrêts du parlement de Paris des 28 juillet 1634 13 juin 1631, 7 août 1638, 22 décembre et 15 mars 1687, 15 mars 1691. — Rouen, 4 mai 1632, Aix Janvier, 1651. — *Répertoire de Jurisprudence*, p. 174.— *Journal des Audiences*, t. 4, p. 41 et 322. — Pothier, Contrat de mariage, n° 69. — D'Héricourt, lois ecclésiastiques, chap. du mariage. — Bardet, liv. 7, chap. 38. — Brodeau sur Louet. (Lettre *M*. somm. 6, nos 55, 56, 70, 91.)

(2) *Mémoires du Clergé*.

(3) Dominicus soto in lib. 4, sent. distinct. art. 25. — Angelus de clavasio, in summa V° *clandestinum* et U° *matrimonium*. — Melchior Canus

Les auteurs du temps, après avoir établi la règle en vertu de laquelle les publications des bans sont de rigueur, font une seule exception qui fait bien voir que toutes les fois que le résultat que le législateur avait voulu atteindre par les publications était obtenu sans elles, on pouvait s'en passer : elle est relative au mariage qu'a ordonné un arrêt ou une sentence dont il n'y a pas d'appel, dans le but d'éviter un scandale quelconque. Dans ce cas, il était d'usage de célébrer le mariage dans l'église Saint-Barthélemy, paroisse du palais; la publicité était donc de fait suffisante, et les publications antérieures n'étaient point requises.

Ce n'était pas assez que les publications fussent faites dans les formes prescrites; il était nécessaire, dans l'intérêt des époux et de leur union, qu'il en fût fait mention; et cette mention fut prescrite dans les actes de célébration que dressaient alors les curés, qui étaient les officiers d'état civil du temps (1).

Ils devaient également y consigner les dispenses qui avaient pu être accordées; mais en l'an 1697 l'acte religieux fut jugé insuffisant, et un édit prescrivit l'insinuation des bans de mariage et des dispenses, et créa dans ce but, dans toutes les villes, bourgs et paroisses du royaume en titre d'offices héréditaires, des contrôleurs chargés d'enregistrer et de contrôler les publications de bans; le mariage ne pouvait avoir lieu qu'après cet enregistrement et ce contrôle. Toute personne était de plus autorisée à prendre connaissance des registres en payant dix sous, et à s'en faire délivrer des extraits moyennant une rétribution de cinq sous par extrait. Mais cet élément nouveau de publicité du mariage introduit dans la législation n'eut pas une longue durée; car, moins de cinq ans après leur création, les contrôleurs furent supprimés par un nouvel édit de mars 1702. Cependant le tarif des droits établis par l'édit de 1697, droits variables suivant la fortune des individus, survécut à la suppression des contrôles, et ce droit de contrôle fut même considérablement augmenté, puisqu'il devait être payé par chacune des parties et pour chaque publication. L'exagération de ces perceptions donna lieu à des plaintes qui provoquèrent, le 21 juillet de

episcopus Canaviensis, lib. de locis theologiæ, cap. 5. — Palæotus de nothis et spuriis, cap. 5. — Fevret, *Traité de l'abus*, liv. 5, chap. 2, no 19.

(1) Déclaration du roi, 16 février 1692. *Journal du Palais*, t. 2, p. 802.

la même année, un arrêté du conseil d'état déclarant qu'il ne serait dû à l'avenir qu'un seul droit de contrôle pour les trois publications.

CHAPITRE II.

Des formalités qui devaient accompagner le mariage.

Nous avons vu à quel point de vue il fallait se placer pour envisager le mariage en droit romain.

Le christianisme éleva le mariage à la dignité de sacrement; mais il n'en fit pas pour cela un contrat solennel. La bénédiction nuptiale, comme nous allons le voir, accompagnait le plus souvent l'union des époux; mais elle ne faisait point partie de son essence, et le seul consentement des contractants suffisait pour produire le lien matrimonial au point de vue civil, et pour conférer le sacrement au point de vue religieux, à la condition d'y apporter les dispositions convenables. Si nous cherchons la durée de cet état de chose, nous voyons le mariage garder le même caractère pendant les premiers siècles de notre ère et une partie du moyen âge. Mais vient le concile de Trente, qui exige que le mariage soit contracté en face d'église. Une immense révolution s'opère alors dans les caractères de ce contrat. Il entre, à partir de ce moment, dans la classe des contrats solennels; et, depuis cette époque jusqu'à notre droit moderne, il n'a plus cessé d'en faire partie; car, pour qu'il soit valablement contracté, il faut dès lors observer certaines formalités tracées, soit par le concile de Trente, soit par les ordonnances de nos rois. L'historique de ces diverses formes nous fait parcourir, quant à la célébration du mariage, plusieurs phases successives avant l'état de choses qui nous régit.

La bénédiction nuptiale remonte aux premiers siècles de l'Eglise. Il était d'usage que les chrétiens qui voulaient se marier fissent bénir leur union par les prêtres de leur religion. On trouve des témoignages de ce pieux usage, dans les auteurs les plus anciens. C'est à l'église que, suivant le témoignage de saint Isidore de Séville (1), se pratique cette bénédiction, à l'imitation de celle que Dieu lui-même donna dans le paradis terrestre à nos premiers parents. Nous en

(1) De off. eccl, lib. 2, cap. 19.

voyons dans Tertullien la mention formelle : « unde suffi-
» ciemus ad enarrandum felicitatem ejus matrimonii quod
» ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat benedic-
» tio (1). »

Au quatrième siècle, saint Ambroise y fait allusion dans une lettre adressée à Virgile : « quum ipsum conjugium ve-
» lamine sacerdotali et benedictione sanctificari oporteat,
» quomodo potest conjugium dici, ubi non est fidei concor-
» dia » (2).

Nous pourrions multiplier ces citations, mais ces textes tirés de Tertullien et de saint Ambroise nous semblent suffisants pour attester la pratique de l'Eglise dès ses premiers siècles, en ce qui concerne la bénédiction nuptiale (3).

Toutefois, il ne faudrait pas voir dans ce pieux usage, quelle que fût dès cette époque sa généralité, une formalité exigée pour la validité du mariage. Toute la notion du mariage consistait alors, nous ne saurions trop insister sur ce point, dans le consentement des contractants ; et comme leur seule volonté rendait le mariage existant, cette volonté mutuelle leur conférait aussi le sacrement : d'où l'on peut dire que le mariage était valablement formé par le seul consentement, sans qu'il fût besoin, comme l'exige aujourd'hui la doctrine catholique, de la célébration religieuse pour la perfection du sacrement et la validité du lien conjugal.

Déjà nous sommes arrivés à l'an 428 de notre ère : le catholicisme est répandu sur toute la surface de l'empire, et fait ressentir sa salutaire influence, que l'ancien principe du droit des prudents apparaît encore dans une constitution de Théodose le jeune, ainsi conçue : « Si pompa, aliaque nuptiarum
» solemnitas omittatur, nullus existimet ob id deesse recte
» alias inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis
» jura posse legitimorum auferri, inter pares honestate per-
» sonas nulla lege impediente consortium quod ipsorum con-
» sensu, atque amicorum fide firmatur (4). »

Ce prince n'a-t-il voulu faire allusion qu'aux pompes civiles, aux solennités séculières qui, sans avoir jamais été un élément constitutif du mariage, l'accompagnaient assez sou-

(1) Lib. 2, aduxorem, cap. 8. — (2) N° 7, epistola.

(3) Lettre du pape Cyrile à Imirer cap. 9. — Concile de Cartage, canon 15. — Lettre d'Innocent Ier à Vitrice, évêque de Rouen, art 6.

(4) Const. 22 au cede, de nuptiis, adde l. 27, § 7, hujus tituli., nov. 74 cap. 4. Rép. de Nicolas Ier, ad consulta Bulgarorum, art. 3.

vent, et n'ont pas cessé d'être en usage, même au milieu de la décadence des anciennes mœurs? Quand il parle du consentement, sous-entend il que ce consentement s'est exprimé suivant le vœu de l'Eglise chrétienne? Un auteur éminent a cru devoir exprimer des doutes à cet égard (1); quand à nous, il nous paraît certain que jusqu'au concile de Trente, l'Eglise catholique ne fit pas un précepte de la célébration religieuse pour la validité du sacrement de mariage; ce qui nous paraît confirmer cette opinion, c'est qu'il faut aller jusqu'à Justinien, pour trouver dans les lois civiles la mention des solennités chrétiennes. On ne peut méconnaître que les textes qui les rappellent sont formels; mais ils ont une vertu plutôt énonciative qu'impérative. Ils supposent, ce que nous ne nions point, l'usage et l'emploi de la bénédiction plutôt qu'ils ne la prescrivent. La suite de l'histoire nous apprend d'ailleurs que plus tard l'on s'en affranchissait assez souvent: et comment s'en étonner, lorsque les dernières traces du paganisme n'avaient pas encore disparu, et que les hérésies avaient déjà porté des atteintes graves à l'unité de la doctrine?

Si l'empereur Léon rappelle cet oubli des lois constitutives du mariage et le condamne par une loi célèbre, identifiant ainsi l'union conjugale civile avec le sacrement de l'Eglise, il faut remarquer que cette loi ne fut pas faite pour notre Occident. Mais voici le spectacle qu'il nous offre sous ce rapport pendant plusieurs siècles. Les rois Carlovingiens voulant réprimer la clandestinité des mariages, et détruire les abus auxquels elle donnait naissance, prescrivirent à plusieurs reprises: que les mariages devraient être célébrés publiquement en face d'Eglise, et que la bénédiction nuptiale serait donnée aux époux à peine de nullité du mariage: « nec sine benedictione sacerdotis, qui ante innupti essent, » nubere audeant: aliter legitimum, ut a patribus accepimus non fit conjugium, nisi (uxor) suo tempore, sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote » benedicatur. (2) »

Cette prescription n'était point dépourvue de sanction: les chrétiens qui y contrevenaient, et se mariaient sans recevoir

(1) M. Troplong, *Influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 231.

(2) Collection de Benedictus Levita, liv. 6, capitulaire 130, liv. 7, cap. 463, adde: liv. 6, cap. 408, liv. 7, cap. 479. — Recueil d'Isaac, évêque de Langres, tit. 5, art. 6.

la bénédiction nuptiale, étaient punis d'une amende de cent sous, ou, à défaut d'argent, d'une peine de cent coups de fouet (1).

L'Eglise, qui de tout temps avait cherché à introduire dans la pratique de la vie ses cérémonies saintes, ne put que venir en aide au pouvoir civil sur ce point comme sur tant d'autres; elle se préoccupe avec raison des conséquences déplorables des mariages clandestins, et c'est surtout dans la pensée de les faire disparaître, que le concile de Trosli, tenu l'an 909, sous Charles le Simple, confirma les dispositions édictées par les rois francs de la seconde race contre ces sortes de mariage, et les assujettit dans ce but à la célébration en face d'Église : « decernimus et nos, secundum constitutio» nem antiquam, ut nullus occultas nuptias, sed dotatem et a » parentibus traditam per benedictionem sacerdotum acci» piat, qui vult uxorem (2). »

Toutefois, ces dispositions si sages qu'elles fussent, n'avaient d'autre caractère que d'être des tentatives isolées, et dès-lors nécessairement précaires, pour spiritualiser, si l'on peut dire ainsi, le mariage dans sa source. Il faut les apprécier surtout à une époque où le matérialisme était encore si puissant, et il ne faut pas s'étonner si elles ne purent prévaloir entièrement contre la forme primitive : aussi, avant la fin de la dynastie carlovingienne, nous retrouvons le mariage avec son caractère antérieur; c'est-à dire valablement contracté par le seul consentement des parties. C'est ce qui résulte formellement des décrétales des papes Alexandre III et Innocent III (3). Il est vrai que ce dernier pape, dans le concile de Latran, exigea la publication des bans; mais en même temps les unions clandestines et non célébrées en face d'Église étaient considérées par lui comme parfaitement valables, et ne donnaient lieu qu'à une pénitence à qui les avait contractées dans ces conditions : « His qui taliter præsumpserint etiam » in gradu concesso copulare condigna pœnitentia injunga» tur (4). » Tel était l'état des choses lorsque s'ouvrit le concile de Trente. La question du mariage ne pouvait échapper à ses préoccupations; car un des abus le plus vivement sentis à

(1) 4e supplément des capitul. de Charlemagne, art. 2.

(2) Canon 7.

(3) Décrétale d'Alexandre III, cap. 9, de sponsalibus et matrimoniis, cap. 8, cap. 2. — Décrétale d'Innocent III, cap. 6.

(4) Cap. fin de Claudest. despons.

cette époque c'était la clandestinité d'un trop grand nombre d'unions qui n'étaient de la sorte consacrées par aucune loi civile ni religieuse : le mariage ressortissait donc à ce point de vue, et avant même que la célébration religieuse fût imposée, de la discipline de l'Eglise. Il s'agissait d'éclaircir la question de savoir si les mariages clandestins étaient valables ou non, et c'est ce qui nous explique comment s'engagèrent les discussions très-vives qui eurent lieu sur ce point. Les uns, d'accord en cela avec l'opinion généralement admise, soutenaient que les mariages clandestins étaient néanmoins valables, et que l'Eglise ne pouvait les déclarer nuls ; les autres, partant de ce principe que le mariage est un sacrement avant d'être un acte de la vie civile, soutenaient au contraire qu'à l'Eglise appartenait un pouvoir absolu sur tout ce qui concernait le mariage, et qu'en conséquence elle avait le droit de changer à son gré le mode même dont le sacrement pouvait être conféré.

On cite entre autres une célèbre controverse qui s'engagea sur ce sujet, le 9 février 1563, entre Maillard, doyen de la Sorbonne, et le jésuite Salmeron. Selon le premier, l'Eglise ne pouvait apporter aucune innovation au sacrement de mariage, et faire qu'un sacrement légitime à une époque fût plus tard invalidé, tout en conservant la même forme ; selon le second, au contraire, l'Eglise pouvait modifier tout ce qui n'était pas de l'essence du sacrement, et les qualités de *public* et de *secret* étant accidentelles au mariage ; elle pouvait faire, pour réglementer la publicité, telle disposition que bon lui semblerait, et en faire même une condition nécessaire à la validité du sacrement (1).

Enfin, le 11 novembre 1563, malgré l'opposition de cinquante-six prélats, le concile décida que les mariages clandestins étaient nuls, et que le sacrement n'était conféré qu'autant qu'il y avait eu célébration publique en face d'église et en présence de deux témoins : et en effet, la publicité conduisait nécessairement à la célébration religieuse, dans l'opinion constante de l'Eglise que l'essence du mariage consiste dans le sacrement. Si le sacrement doit être revêtu d'une forme extérieure, quel autre ministre plus naturel que le prêtre, et quel lieu plus convenable que l'église : « Qui aliter quam » præsente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu

(1) Fra Paolo : *Histoire du Concile de Trente*, liv. 7.

» ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimo-
» nium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic con-
» trahendum matrimonium omnino inhabiles reddit, et hu-
» jus modi contractus irritos et nullos decernit (1). »

Nous pouvons dire, pour résumer la part d'influence qu'eut l'Eglise sur le mariage dans les âges précédents, que si elle reconnut la validité des mariages quoique clandestins, c'est-à-dire dénués de toute forme, et déclara même anathème quiconque soutenait la doctrine contraire, avant qu'elle ne l'eût formulée ; néanmoins elle les vit toujours d'un mauvais œil, et finit par les invalider, ainsi qu'on le voit dans cette disposition du concile de Trente qui prescrit trois publications à intervalle, la célébration par le propre curé et la présence de deux ou trois témoins.

Toutefois ce serait une erreur de croire que la réforme ecclésiastique, dont le but était d'empêcher la clandestinité du mariage, eut un résultat immédiat en ce qui touche la célébration. Comme le concile de Trente ne fut pas reçu en France, l'usage des mariages clandestins ne fut pas encore universellement proscrit, et l'obligation pour les parties de s'unir publiquement en face d'église ne devint pas *ipso facto* une loi générale. Mais on vit alors, ce qui eut lieu plus d'une fois dans l'ancienne législation, l'autorité temporelle s'inspirer à la même source que la puissance ecclésiastique : de même que nos rois avaient puisé dans les premiers siècles leurs ordonnances sur les mariages dans les usages introduits et encouragés par l'Eglise, nous les voyons encore, aussitôt après le concile de Trente, réglementer avec une nouvelle vigueur la célébration du mariage et édicter des dispositions analogues à celles de ce concile.

C'est ainsi qu'au mois de février 1556 Henri II avait cru frapper plus sûrement la clandestinité en prescrivant le consentement des parents au mariage de leurs enfants. A défaut de cette autorisation, ceux-là avaient le droit de les exhéréder et de révoquer toute donation qu'ils leur auraient faite antérieurement. Ce n'était pas la seule sanction ; « selon les cas, y était-il dit encore, nos juges, auxquels la connaissance en appartiendra, dont nous chargeons leurs honneur et conscience, prononceront telles peines qu'ils seront avisés. »

Déjà apparaît une sanction rigoureuse à l'inobservation des

(1) Sessio 24.

formes tant de fois prescrites ; mais pour remédier efficacement aux abus résultant de la clandestinité, il fallait frapper de nullité les mariages qui en étaient entachés. C'est ce que fit Henri III dans l'article 40 de l'ordonnance de Blois.

Cette mémorable ordonnance rendue dans le courant de mai 1579, ne fut publiée et enregistrée que le 25 janvier 1580 : après l'obligation imposée à tous futurs époux de faire publier préalablement leurs bans, on y lit ces paroles : « Après lesquels bans seront épousés publiquement ; et pour témoignages de la forme qui aura été observée auxdits mariages, y assisteront quatre personnes dignes de foi dont sera fait registre, le tout sur les peines portées par les conciles. » Remarquons ici un accroissement de rigueur sur les prescriptions mêmes du concile, qui n'exigeait que deux ou trois témoins.

Et pour que la confusion ne fût pas possible sur la portée de l'innovation introduite par cette ordonnance, l'article 44 prenait le soin d'avertir que les notaires ne pourraient à l'avenir intervenir dans la formation du contrat constituant le mariage, comme cela s'était pratiqué antérieurement : « Pareillement défendons à tous notaires, sur peine de punition corporelle, de recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent. »

L'ordonnance de Blois, en exigeant, comme nous venons de le voir, les proclamations précédentes, la célébration publique et la présence de quatre témoins, avait porté une atteinte profonde à la liberté excessive en fait de mariage, dont l'autorité civile aussi bien que la puissance spirituelle reconnaissaient les immenses dangers : on s'explique donc facilement la résistance qu'elle dut rencontrer ; il fallut revenir à la charge afin d'inoculer ces pratiques nouvelles dans les usages et dans les mœurs ; le clergé, si intéressé à l'observation d'une loi qui sanctionnait les prescriptions mêmes du concile, se plaignit des violations qui avaient lieu sans cesse, et ses remontrances donnèrent lieu à un édit rendu au mois de décembre 1606 par Henri IV, lequel attribue la connaissance des causes de mariage aux juges d'Église, à la charge par eux d'observer les ordonnances, même celle de Blois, dont une nouvelle publication est ordonnée. « Nous voulons, est-il dit dans l'art. 12, que les causes concernant les mariages soient et appartiennent à la connaissance des juges d'Eglise, à la charge qu'ils seront tenus garder les ordonnances, même celle de Blois. En l'art. 40, et suivant icelles,

déclarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'église, et avec la forme et solennité requises par ledit article, nuls et non valablement contractés, comme étant cette peine indicte par les conciles (1); et afin que les évêques, chacun en leur diocèse, et les curés en leur paroisse, en soient avertis, et qu'ils ne faillent ci-après contre ladite ordonnance, elle sera renouvelée et publiée derechef à ce que lesdits évêques et leurs officieux aient dorénavant à juger conformément à icelle. »

On peut juger de l'importance qu'attachèrent nos rois à la stricte observance de ces règles par l'insistance avec laquelle ils y reviennent; ainsi Louis XIII, dans la déclaration de Saint Germain-en-Laye, datée du 16 novembre 1639, ordonne de nouveau l'application de l'ordonnance de Blois, et « Interprétant icelui » ajoute : « qu'à la célébration du mariage assisteront quatre témoins dignes de foy, outre le curé qui recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Eglise. » Cet article ordonnait aussi la tenue de registres constatant la célébration du mariage.

Il semble qu'à mesure que l'on avance, la loi civile ait de plus en plus à cœur d'identifier ses prescriptions avec celles de la loi religieuse qui du premier regard a envisagé tous les intérêts en présence, et a pris dans la plénitude de sa lumineuse intuition les mesures les plus efficaces pour les sauvegarder tous.

Un dernier monument vient mettre en lumière plus encore, s'il est possible, cette préoccupation respectable ; c'est l'édit de 1697, qui, confirmant les ordonnances relatives à la célébration du mariage, et entre autres à la présence du propre curé, s'exprime ainsi : « Voulons que les ordonnances des rois nos prédécesseurs concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent la nécessité de la présence du propre curé de ceux qui contractent, soient exactement observées.

Ainsi, pour nous résumer en ce qui touche la célébration du mariage avant 1789, nous dirons que jusqu'à l'ordonnance de Blois, si l'on en excepte le temps pendant lequel les

(1) Il est fait dans cet article allusion aux Conciles de Tours, tit. 9, de matrimonio; de Rheims, tit. de matrimonio, art. 2 ; de Bordeaux, tit. de matrimonio, qui furent tenus tous les trois en 1583.

capitulaires des rois Carlovingiens furent en vigueur, le mariage ne fut assujetti à aucune formalité, la bénédiction nuptiale était un pieux usage pratiqué presque habituellement, mais dénué cependant de tout caractère obligatoire; et le seul consentement qu'exprimaient les parties de s'unir par le mariage constituait le sacrement.

Au contraire, depuis l'ordonnance de Blois, la célébration en face d'église et devant le propre curé a été requise à peine de nullité, et le mariage, de consensuel qu'il était, a été rangé dans la classe peu nombreuse des contrats solennels.

L'obligation stricte de la célébration religieuse eut pour résultat de provoquer une définition nouvelle et plus rigoureuse de la clandestinité. Tout mariage était, dans cette période nouvelle du droit, déclaré clandestin, par ce seul fait qu'il n'avait pas été célébré en face d'église avec les formalités prescrites par les ordonnances, eût-il d'ailleurs reçu toute la publicité possible : était rangé dans la même catégorie, le mariage qui avait été tenu secret pendant toute la vie des parties, et qui n'était rendu public qu'après la mort de l'une d'elles; le secret gardé pendant une partie seulement de la vie ne donnait pas lieu au reproche de clandestinité.

CHAPITRE III.

De la compétence du ministre de la célébration.

La révolution opérée dans la forme juridique du mariage ne pouvait manquer d'amener une transformation analogue dans la compétence du fonctionnaire légal préposé à sa célébration. Dès que la loi civile adoptait cette idée de la loi religieuse : que le plus sûr moyen d'éviter la clandestinité, c'était d'exiger la célébration en face d'église, le ministre naturel du mariage devint le prêtre catholique. Alors apparaît l'innovation suivante : au lieu que les parties contractantes pussent valablement s'unir par devant notaire *par parole de présent*, « per verba de præsenti, » comme l'autorisait la période précédente du droit, c'est désormais le curé qui est seul compétent pour célébrer l'union des époux, et entendre leur déclaration qu'ils se prennent pour mari et femme.

Cette règle devint si rigoureuse, qu'au refus même du curé, le notaire ne pouvait en aucune façon le remplacer, ainsi que

le décidèrent plusieurs arrêts de parlement, dont un entre autres rendu le 10 juin 1692, sur les conclusions de M. de Lamoignon, mérite d'être cité. Un ouvrier nommé Pierre Augier, et la fille d'un voiturier qui avait nom Anne Jublin, n'ayant pu décider le curé de Vitry-le-Français à célébrer leur mariage, par ce motif que le futur époux, mineur de 25 ans, n'avait pas obtenu le consentement de son père, s'étaient adressés à deux notaires de la même ville, qui, sur l'ordre du lieutenant particulier, avaient reçu acte de ce mariage, jugé d'abord valide par cette seule comparution. L'arrêt déclara nul le mariage dont il s'agit, condamna en outre les parties à quatre livres d'amende, et ajourna le lieutenant, le substitut du procureur général, ainsi que les notaires, à comparaître en personne devant le parlement pour être ouïs et interrogés (1).

Mais il fallait en outre prévenir le refus intempestif qu'aurait pu faire le prêtre de marier ceux qui le lui demandaient; c'est pourquoi son refus, s'il n'était appuyé sur un motif sérieux, donnait lieu à un pourvoi, afin de lui enjoindre la célébration, soit devant le juge ecclésiastique, c'est-à-dire l'official, soit par la voie de l'appel comme d'abus porté au parlement, qui connaissait aussi par voie d'appel de la sentence de l'official ayant autorisé ce refus du curé. Comme conséquence de la compétence nouvelle qui incombe exclusivement aux prêtres, naît pour eux l'obligation de tenir des registres commémoratifs de chaque mariage qu'ils célébraient; et l'on peut juger par le soin avec lequel l'ancienne législation réglementait ces registres, quelle importance on attachait alors, aussi bien qu'aujourd'hui, à tout ce qui concerne l'état civil des citoyens.

D'un autre côté, nous avons vu l'article 44 de l'ordonnance de Blois défendre aux notaires, sous peine de punition corporelle, de recevoir des promesses de mariage. Un grand nombre d'arrêts, parmi lesquels on cite des arrêts de réglement, renouvelèrent cette défense, et punirent de peines fort graves les notaires qui y avaient contrevenu (2).

Toutefois, l'ordonnance de Blois, en substituant la célébra-

(1) D'Héricourt, p. 3, chap. 5, art. 1, n° 27. *Journal des Audiences*, t. 4, p. 410.

(2) Arrêt de réglement du 5 septembre 1650. Autres arrêts de 1676, du 20 déc. 1688, du 10 juin 1692, *Journal des Audiences*, t. 4 p. 140 et 447.

tion en face d'église à la célébration par devant notaires, n'établit point encore la compétence nouvelle et exclusive du prêtre, qui va bientôt être obligatoire à peine de nullité; le mariage, aux termes de cet édit, sera valablement contracté pourvu qu'il le soit à l'église et en présence de quatre témoins dignes de foi. Il n'est pas encore fait mention du curé; mais on comprit bientôt que la garantie principale de l'observation de cette publicité, par laquelle seule le mariage devient un fait saisissable pour la société, résidait dans l'intervention du ministre catholique; dès lors Louis XIII, dans une ordonnance du 26 novembre 1639, pose ce principe nouveau, que le curé devait assister au mariage, pour recevoir le consentement des époux et les conjoindre par le sacrement : dès lors se trouve explicitement formulé dans la loi civile aussi bien que dans la loi religieuse, ce principe que le sacrement ne réside plus seulement dans le consentement, mais résulte du consentement solennel ou accompagné des formes et des cérémonies prescrites. Il ne faut pas croire néanmoins que l'intervention de tout prêtre soit suffisante; la déclaration de 1639 fait de la présence du propre curé des contractants, une condition essentielle du mariage. Cette pensée est mise en lumière d'une manière plus saisissante encore dans les édits postérieurs, et notamment celui de 1697, qui, renouvelant cette prescription, déclara que les ordonnances concernant la nécessité de la présence du propre curé de ceux qui s'unissent en mariage, devaient être exactement observées.

Le curé propre à cette célébration était celui de la résidence ordinaire des parties, ou de l'une d'elles lorsqu'elles n'habitaient pas dans la même paroisse. Le temps exigé pour déterminer cette résidence, était un laps de six mois, si antérieurement les contractants avaient demeuré dans le même diocèse; il était au contraire d'une année, s'ils avaient demeuré précédemment dans un autre diocèse. « Défendons, est-il dit dans l'édit de 1697, à tous curés et prêtres tant séculiers que réguliers, de conjoindre en mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais et ordinaires paroissiens, demeurant actuellement et publiquement dans leur paroisse, au moins depuis six mois, à l'égard de ceux qui demeuraient auparavant dans une autre paroisse de la même ville, ou dans le même diocèse, et depuis un an pour ceux qui demeuraient dans un autre. »

En cas de minorité des futurs époux, le curé compétent

était celui de la paroisse des pères et mères, tuteurs ou curateurs, lors même qu'en fait elles auraient un autre domicile : « déclarons que le domicile des fils et filles mineurs de 25 ans, pour la célébration de leur mariage, est celui de leurs pères et mères ; et en cas qu'ils aient un autre domicile de fait, ordonnons que les bans seront publiés dans les paroisses où ils demeurent, et dans celles de leurs pères et mères, tuteurs ou curateurs. »

Il va sans dire que le curé pouvait déléguer tout autre prêtre qu'il jugeait convenable pour le remplacer ; l'évêque, en sa qualité de premier pasteur, était compétent dans toute l'étendue de son diocèse, et désignait valablement tel prêtre qu'il voulait. Quelle était la sanction de cette prohibition faite à tout prêtre de marier d'autres que ses paroissiens ? Ici encore, l'autorité religieuse trace au pouvoir civil la mesure de sévérité qu'il doit atteindre. Le concile de Trente avait déclaré nuls les mariages reçus par d'autres prêtres que le propre curé ou son délégué. « Qui aliter quam præsente pa» rocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii, » licentia matrimonium contrahere attentabunt.... sancta sy» nodus.... hujus modi contractus illicitos et nullos esse de» cernit. »

Les ordonnances, notamment l'édit de mars 1697, firent également de la présence du propre curé, une des conditions *essentielles* du mariage ; la conséquence, ce fut que les mariages célébrés par des prêtres incompétents étaient frappés de nullité. Mais le doute, s'il existait, se trouverait levé par les termes formels de l'édit du 15 juin de la même année 1697, qui ordonne que les parties qui auront contracté de tels mariages soient poursuivies par le procureur du roi pour les réhabiliter.

On sait que cette réhabilitation dans l'ancien droit, c'était la restitution par l'autorité judiciaire de leur valeur ou capacité juridique à certains actes ou à certaines, personnes qui en étaient privés par suite de certaines omissions, ou inobservances de formes : en l'absence de ces formes, intervenait une nullité temporaire ou résolutoire, qui avait besoin pour disparaître de la réhabilitation ou réitération de l'acte vicieux. Appliquant cette interprétation au cas qui nous occupe, nous ferons ce simple raisonnement : Si les mariages entachés d'une irrégularité comme celle de l'incompétence n'étaient pas nuls, quelle nécessité y aurait-il eue de les réhabi-

ter ? L'idée de réhabilitation entraînait donc nécessairement celle de la nullité !

La nullité qui résultait de l'incompétence du prêtre était absolue, en ce sens qu'elle ne pouvait être couverte par aucun laps de temps, ni par aucune ratification ; le seul mode de la purger était la réhabilitation dont nous venons de parler, c'est-à-dire, dans l'espèce, une célébration nouvelle.

Certains mariages attaqués pour incompétence du prêtre qui les avait célébrés, ont été maintenus, comme le montrent plusieurs arrêts ; mais il est à remarquer que, dans les espèces qu'ils prévoient, l'incompétence du prêtre n'était pas notoire, et que d'après les circonstances, le demandeur en nullité n'était pas jugé digne de foi : la présomption, c'était donc que les règles avaient été observées ; dès-lors, il n'y avait plus lieu à nullité, au moins pour ce chef ; et aux arrêts en ce sens que nous venons de rappeler, on peut opposer le nombre considérable de ceux qui ont annulé des mariages pour incompétence des curés qui en avaient été les ministres (1).

La nullité du mariage célébré par un prêtre incompétent, n'était pas la seule garantie donnée à l'observation de cette formalité ; cette célébration irrégulière constituait en faute le prêtre qui en était l'auteur, et il encourait une pénalité sévère aux termes de l'édit de mars 1697 : « Voulons, y est-il dit, que si aucuns desdits curés ou prêtres, tant séculiers que réguliers, célèbrent ci-après sciemment et avec connaissance de cause des mariages entre des personnes qui ne sont pas effectivement de leurs paroisses, sans en avoir la permission par écrit des curés, des contractants ou de l'archevêque ou évêque diocésain, il soit procédé contre eux extraordinairement et qu'outre les peines canoniques que les juges d'église pourront prononcer contre eux, lesdits curés et autres prêtres qui auront des bénéfices, soient privés, pour la première fois, de la jouissance de tous les revenus de leurs cures et bénéfices pendant trois ans, à la réserve de ce qui est absolument nécessaire pour leur subsistance, ce qui ne pourra excéder la somme de six cents livres dans les plus grandes villes, et celle de trois cents livres partout ailleurs ; et que le surplus desdits revenus, soit saisi à la diligence de nos procureurs, et distribué en œuvres pies par l'ordre de l'archevêque ou évêque

(1) Arrêts des 13 février 1755, 1er février 1755, 17 février 1724, 29 mar 1698 et 2 août 1729.

diocésain; qu'en cas d'une seconde contravention, ils soient bannis pendant le temps de neuf ans, et qu'à l'égard des prêtres réguliers qui n'ont pas de bénéfice, ils soient envoyés dans un couvent de leur ordre, que leur supérieur leur assignera hors des provinces qui seront marquées par les arrêts de nos cours ou les décisions de nos juges, pour y demeurer enfermés pendant le temps qui sera marqué par lesdits jugements, sans y avoir aucune charge et fonction, ni voix active ni passive. »

Comme il pouvait se faire que les deux parties n'habitassent pas la même paroisse, il fallut interpréter les règles précédentes de façon à concilier les intérêts de chacun, et il fut décidé que le curé de chacune d'elles était compétent pour la célébration de leur mariage, à la condition toutefois qu'il eût obtenu le consentement de l'autre, consentement dont il était suffisamment justifié par la délivrance du certificat des publications qu'il avait faites.

A défaut de cette justification de l'acquiescement de l'autre curé, qu'advenait-il? Deux hypothèses pouvaient alors se présenter et donnaient lieu à une solution diverse. Ou les publications, quoiqu'il n'en eût pas été justifié, avaient été faites, et encore, ce qui rentre dans cette hypothèse, l'évêque avait accordé dispense des trois bans. Dans ce cas, le défaut d'autorisation dont il s'agit ne créait qu'un empêchement prohibitif; et le mariage, une fois accompli, ne pouvait être attaqué. Au contraire, les bans n'avaient-ils été publiés que dans la commune fixée pour la célébration du mariage, il y avait alors plus qu'une omission d'un consentement exigé; il manquait un des éléments essentiels, la publicité : le mariage étant alors entaché de clandestinité, cette irrégularité constituait un empêchement dirimant, dont la conséquence était la nullité du mariage ainsi célébré (1).

Toutefois cette doctrine ne fut pas toujours admise sans contestation. La nullité, en pareil cas, parut à plusieurs jurisconsultes ne devoir s'appliquer à ces mariages que lorsque les parties, ou l'une d'elles, étaient mineures : si elles étaient majeures, leur mariage, même dénué du consentement et des publications prescrites, n'en était pas moins valable : on en donnait ce motif, que la jurisprudence des arrêts ne faisait

(1) Pothier, Contrat de mariage, n° 366. D'Aguesseau, 5e volume, mémoire qui suit le plaidoyer, 57.

point du défaut de publication des bans une cause de nullité du mariage entre majeurs.

Beaucoup d'auteurs, notamment d'Aguesseau (1), combattent cette opinion, se fondant sur la distinction à faire entre ces deux sortes d'irrégularités de gravité diverse, c'est-à-dire le défaut de publication de bans et le défaut de consentement du curé. Dans ce dernier cas, il n'y avait pas matière à annuler le mariage; dans l'autre, il devait l'être. A cet argument on peut ajouter ceux-ci, à savoir : que les familles des contractants avaient grand intérêt à être averties du mariage, à cause du grave préjudice qui pouvait résulter pour elles, et qu'elles évitaient par l'opposition si elles en avaient été instruites : enfin, aucune distinction entre les majeurs et les mineurs n'apparaît, soit dans le concile de Trente, soit dans les ordonnances royales.

Disons, en terminant cet exposé sommaire des anciennes formes du mariage, comment l'ancien droit avait envisagé le mariage des Français à l'étranger.

Le curé, directeur des âmes, avait sur le mariage de ses paroissiens une autorité à laquelle nos officiers de l'état civil ne peuvent pas prétendre sur le mariage de leurs administrés : c'est dire que la compétence du curé, en fait de célébration de mariage, s'étendait plus loin que celle du ministre actuel de notre loi civile. Pothier dit à ce propos que le mariage célébré hors de la présence du prêtre et sans son consentement, par des Français en pays étranger, est nul lorsqu'il appert que c'est en fraude de la loi qu'ils y sont allés : en vain allégueraient-ils que « la forme des contrats se règle par la loi du lieu où ils se passent, » car « la célébration du mariage en face d'église n'est pas, dit-il, une pure forme d'acte ; c'est une obligation que nos lois imposent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y sont sujettes ne peuvent se soustraire en allant en fraude se marier dans un pays étranger. » Mais s'il n'appert pas qu'il y ait eu fraude, le mariage est valable, « n'ayant pu être célébré autrement (2). »

Malgré la révolution que nous allons voir introduite dans notre droit actuel, en ce qui concerne la forme du mariage, nous verrons que, tout en sécularisant la législation,

(1) Loco citato. (Voir aussi Pothier, loco citato.)
(2) Pothier, no 363.

le législateur n'a cependant pas jugé indigne de lui de transporter dans la loi civile la plupart des prescriptions religieuses relatives à cette matière. Ici, comme dans bien d'autres cas, malgré le besoin d'innover, il ne crut pouvoir mieux faire que de s'en tenir à la pratique en vigueur. C'est là assurément un mérite que l'on ne saurait refuser à cet ancien ordre de choses que nos pères avaient la naïveté de ne point trouver si mauvais !

TROISIÈME PARTIE.

DES FORMES DU MARIAGE DANS LE DROIT MODERNE.

INTRODUCTION.

Portalis disait dans son exposé des motifs sur le mariage : « Les familles sont la pépinière de l'État, et c'est le mariage qui forme les familles; » il suit de là que les règles et les solennités du mariage ont toujours occupé une place distinguée dans la législation de tous les peuples policés.

Nous avons vu sous l'influence de quelles pensées l'ancienne législation avait voulu imprimer au mariage ce double caractère civil et religieux qui en a toujours fait, aux yeux de tous les peuples, un acte à part parmi les plus importants de la vie humaine. La confusion qui régna jusqu'en 1789 entre l'ordre spirituel et l'ordre temporel, comportait, dans la célébration du mariage, ce double rôle assigné aux ministres du culte, qui mariaient autrefois au nom de la loi comme au nom de la religion.

Quand notre législation civile fut sécularisée, comme on l'a dit, et que la séparation du temporel et du spirituel fut consommée, les affinités incontestables du mariage avec la loi civile firent confier à des fonctionnaires civils la formation légale du contrat de mariage. Mais, il faut le reconnaître, il y a dans le mariage plus qu'un acte civil; cette vérité demeure inattaquable même sous une législation nouvelle, qui, partant de principes différents de ceux de l'ancien ordre de choses, pouvait faire abstraction de l'élément religieux inhérent à cette institution. Si la loi de 1792, à une époque où l'esprit de l'homme, dans sa vaine confiance, se plaisait à détruire tout ce qu'avait consacré la sagesse des siècles, crut devoir substituer aux saintes cérémonies qui avaient jusque là constitué le mariage, les formalités froides et positives d'un contrat ordinaire, déclarées suffisantes dans l'intérêt des époux et des familles, n'y avait-il pas en 1803 une réaction salutaire à opérer en cette matière?

On peut supposer que quelques-uns des législateurs d'a-

lors, rendus à un état plus calme, plus réfléchi, devaient sentir le besoin de rattacher à la religion le plus solennel des engagements : les paroles de Portalis au nom du gouvernement semblent respirer cette impression : « Tous les peuples, dit-il, ont fait intervenir le Ciel dans un contrat qui doit avoir une si grande influence sur le sort des époux, qui, liant l'avenir au présent, fait dépendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains, et qui, agitant leurs craintes comme leurs espérances, semble appeler le secours de la religion établie entre le ciel et la terre pour combler l'espace immense qui les sépare. »

Toutefois ces paroles éloquentes furent stériles ; la loi resta muette ; elle n'appela point la religion à s'unir à elle pour imprimer dans le cœur des époux ces sentiments profonds de devoirs mutuels, de dévouement, de résignation même, qui peuvent les soutenir au milieu des fréquents orages d'une vie commune. Quand nous envisageons le mariage tel que l'a fait notre loi civile, répond-il à l'idée que l'on se fait avec raison de cet acte solennel dans la destinée de chacun ? Qu'est-ce que la cérémonie civile ? La lecture rapide de quelques articles du code, la simple déclaration de l'officier public qui au nom de la loi enchaîne les deux contractants l'un à l'autre. Aussi Napoléon, apportant à cette question son coup d'œil d'aigle, avait-il raison de s'écrier, en entendant le chapitre consacré aux formes du mariage : « C'est un peu sec ; » et se rappelant la large part qu'y avait toujours tenue par la loi passée l'élément religieux, entrevoyant également celle qu'il y tiendrait encore par le sentiment populaire, il était comme effrayé de la comparaison entre les deux cérémonies, et il ajoutait : « Voyez les prêtres ! » Cette phrase était l'expression d'une profonde conviction, ou plutôt le pressentiment de l'effet moral si différent qui devait s'attacher plus tard à l'une et à l'autre de ces deux célébrations.

Napoléon ne s'est pas trompé. Sans vouloir discuter ici la valeur juridique ou morale de la célébration civile du mariage telle que le code l'a organisée, qu'il nous soit permis de la rapprocher de la cérémonie religieuse : combien est plus importante aux yeux de presque tous, combien aussi est plus attendrissante, la célébration religieuse, lorsqu'au milieu des pompes du sacrifice, les deux époux, agenouillés au pied de l'autel, chacun un cierge blanc à la main, en signe des vertus qu'ils doivent inspirer à leur famille, tous les deux la tête

couverte du même voile, symbole de la pudeur qui doit être la règle de leur conduite future, écoutent avec recueillement les saintes exhortations du ministre de Dieu; lorsque la jeune mariée, la main dans la main de son époux, reçoit de lui l'anneau bénit, cet ancien gage d'obéissance et de fidélité d'un côté, de tendresse et de protection de l'autre; lorsque le ministre prononce avec une sainte autorité les paroles sacrées dont la puissance unit à jamais la vierge au compagnon qu'elle s'est choisi; lorsqu'enfin il termine son touchant ministère en leur souhaitant la paix, comme le plus grand bien du mariage qui va donner à la société une nouvelle famille!

Cette cérémonie, qui prélude à l'union conjugale, imprime dans les cœurs des contractants des émotions vives et profondes; et les germes salutaires qu'elle y dépose peuvent ranimer un jour des affections éteintes, et le sentiment des devoirs contractés sous la haute sanction de la divinité.

Il est trop vrai d'ajouter que l'on n'en peut pas dire autant de la célébration civile!

Contrairement à ce que nous offre l'ancien droit, c'est donc dans l'ordre purement temporel de la loi humaine qu'il nous faut étudier ce qui est relatif à la forme du mariage; mais cette forme se décompose en règles multiples, dont les unes précèdent, et les autres accompagnent la célébration même de l'union. C'est ainsi une série de prescriptions successives que doit comprendre l'exposé que nous entreprenons des précautions par lesquelles la loi française a voulu garantir la sécurité des mariages, tant en France qu'à l'étranger, et empêcher qu'ils fussent confondus avec ces unions passagères que le plaisir provoque, qui finissent avec le plaisir, et qui, après avoir compromis la moralité publique, entraînent à leur suite des désordres incalculables!

SECTION PREMIÈRE.

DES MARIAGES CÉLÉBRÉS EN FRANCE (1).

Dans tout ce qui concerne la forme du mariage, le législateur a eu pour but de le soustraire au caprice par des formes

(1) *Code Napoléon*, articles 165 à 171, 191 à 193 du titre du mariage; articles 63 à 76 au titre des actes de l'état civil.

déterminées, et à l'obscurité par les moyens de publicité que l'expérience a démontrés les plus efficaces. On peut donc dire que le mariage n'existe, aux yeux de la loi, qu'autant qu'il a reçu une certaine notoriété et une certaine solennité, par les publications qui le précèdent, par la compétence du ministre qui le célèbre, enfin par les formalités de la célébration même.

C'est à ce triple point de vue que nous l'envisageons, et nous traiterons tour à tour de la publicité de fait et des publications préalables, de la compétence de l'officier civil, ou du domicile matrimonial; enfin, des solennités qui constituent la célébration de l'union, et lui impriment, avec la sanction de la loi, cette publicité légale qui en est la loi première.

A chacune de ces conditions qui constituent la forme du mariage, nous verrons la sanction que le code a imposée, par l'examen des nullités qu'entraîne leur inobservation.

CHAPITRE Ier.

Publicité. — Publications.

Au seuil de cette matière, et comme loi fondamentale de la forme du mariage, le législateur a placé la publicité. Le mariage non public, aux yeux de la loi, il est comme n'existant pas : cet acte si important pour ceux qui l'accomplissent, il ne prend existence, aux yeux de la société, que par sa manifestation dans les formes prescrites. C'est par ce moyen que la société a prise sur l'association nouvelle qui commence, et qu'elle y participe; nul ne serait fondé à lui contester cette participation qu'elle réclame. Le mariage n'est-il pas, en effet, un acte de l'état civil, un contrat de droit public? et à ce titre la société tout entière n'est-elle pas pour ainsi dire partie intéressée? Mais ce n'est pas seulement la société qui a le droit de réclamer la publicité du mariage : il importe aux contractants eux-mêmes que la liberté de leur consentement soit garantie. L'autorité peut seule leur donner efficacement cette garantie; et comment l'autorité le pourrait-elle, si elle ne le connaît pas?

Enfin, il importe à tous que la preuve authentique du mariage soit recueillie et conservée, pour en assurer l'indissolubilité et tous les autres effets.

Ces considérations inspirèrent les rédacteurs du code. « Un

mariage, disait avec raison le tribun Siméon, n'est pas seulement l'affaire des deux individus qui le contractent : il intéresse et leurs familles et la société ; il est susceptible d'oppositions et d'empêchements, il doit emporter une possession publique de l'état d'époux ; il faut donc qu'il soit connu, il faut qu'il le soit avant même d'être contracté, afin que s'il souffre des obstacles légitimes, ils aient leur effet (1). »

Ces paroles révèlent déjà le double aspect sous lequel la loi devait envisager la publicité du mariage, et comme les deux parties de cette condition unique, savoir : 1° la publicité de fait résultant de l'accomplissement des moyens matériels de notification ; 2° la publicité civile résultant de la célébration devant l'officier compétent, constitué par la société le premier témoin du mariage.

La publicité de fait, la seule dont nous ayons à parler dans cette première section, ne résulte donc que d'un avertissement donné au public et à toutes les personnes qui pourraient être intéressées au mariage, par des formalités destinées à en faire connaître à l'avance le projet.

Les publications ont ce but ; et pour qu'il fût plus sûrement atteint, on les a soumises à des formes, à des conditions, à des énonciations propres à ne laisser dans les esprits aucune incertitude sur les personnes qui ont le projet de s'unir.

Trois éléments concourent à cette publicité de fait et la constituent ; ce sont : 1° la formalité même des publications ; 2° l'intervalle qui doit les séparer l'une de l'autre, et qui sépare la dernière de la célébration du mariage ; 3° l'affiche de ces publications.

Considérée en elle-même, l'annonce publique du mariage, que nous nommons publication, n'est pas nouvelle : elle avait, nous l'avons vu, dans l'ancien droit le nom de *ban*, qui voulait dire proclamation. C'est en effet un avertissement donné à la société d'un fait qui l'intéresse, puisque les contractants, par leurs intérêts de familles, d'affaires, de fortune, etc., sont mêlés au reste des citoyens : si donc quelque parent a un motif d'opposition au mariage, il sera averti par les publications de le faire valoir ; se trouve-t-il des créanciers, ils sont avertis qu'ils doivent se hâter de prendre inscription sur les biens des futurs époux, s'ils veulent éviter d'être primés par l'hypothèque légale de la femme. La publication de mariage pour

(1) Esprit du code civ. sur l'art. 63.

les futurs époux, c'est donc en quelque sorte une barrière placée entre un passé qui va s'effacer et un avenir nouveau qui commence; c'est l'annonce d'un changement prochain dans la personnalité juridique. Toutefois, seule, la publication n'affecte pas encore cette personnalité, ni les rapports du futur époux avec les tiers : ainsi l'époux mineur et incapable par suite de sa minorité, le restera jusqu'à ce que le mariage soit venu l'habiliter, en l'émancipant (art. 476). Ainsi la liberté de contracter qu'a la femme si elle est majeure n'est point enchaînée par la publication de son union. Jusqu'à la célébration même, elle peut faire tous les actes compatibles avec le droit commun qui régit sa personne, sans qu'on puisse exciper pour les infirmer de la publicité déjà donnée à son prochain mariage : bien plus, les publications ne forment entre elles aucun lien : une première n'entraîne en rien la nécessité de la seconde; et si un projet de mariage est abandonné après qu'elle a eu lieu, les deux intéressés conservent, après comme avant cette publication demeurée sans résultat, la même personnalité juridique et légale que si elle n'avait jamais existé.

Parallèlement à la publication civile, nous voyons encore pratiqué dans les églises, comme cela avait lieu autrefois dans un intérêt civil et religieux en même temps, l'usage de la publication des bans qui n'a plus aujourd'hui de rapport qu'avec la célébration religieuse, et qui a pour but de faire également connaître aux membres de la communauté catholique le projet d'union, afin que s'il existe quelque empêchement prévu par l'Eglise, il puisse en être donné connaissance à l'autorité ecclésiastique, conformément aux canons établis par les conciles. Les articles 63, 166, 167 et 168 du Code napoléon, désignent les fonctionnaires chargés de faire les publications, ainsi que les communes et les lieux, et le jour où elles doivent être faites. Le fonctionnaire qui a mission pour cela, et le seul sans nul doute, c'est l'officier de l'état civil; mais il ne peut le faire que sur la réquisition qui lui en est adressée, à laquelle il est tenu de déférer lorsqu'elle est régulière.

Pour cela certaines conditions sont nécessaires :

1° Il faut que cette réquisition soit formée du consentement des deux futurs époux; tel était l'ancien droit (1), confirmé

(1) Pothier, 76.

par la loi du 20 septembre 1792, qui leur imposait l'obligation de faire publier leurs promesses réciproques; et, malgré le silence du code, il n'en est pas moins vrai de dire que l'officier civil manquerait à son devoir, si, préalablement à une publication requise, il ne s'assurait du consentement des deux futurs époux : c'est là en effet le commencement d'exécution d'un contrat qui ne peut se former que par le concours de deux volontés. Il n'est d'ailleurs permis à personne de disposer du nom d'un tiers sans son aveu, surtout d'une façon aussi grave quant aux conséquences qui peuvent en résulter. Ce serait enfin un affligeant scandale pour une famille, qu'à son insu, et dans l'ignorance même de l'une des personnes indiquées comme futur époux, une publication solennelle annonçât un mariage qui n'aurait peut-être jamais été projeté. 2° Avant de livrer ainsi à la publicité le projet de mariage qu'on lui annonce, l'officier civil doit prendre quelques précautions pour s'assurer de la réalité du projet.

Quoique le droit naturel n'ait pas reproduit la prescription ancienne selon laquelle le curé de chacune des parties contractantes devait se faire représenter le consentement des père, mère, tuteur ou curateur, au moins lorsque l'un des époux était enfant de famille, il ne faut pas conclure du silence de la loi, que l'officier public doive se livrer aveuglément à la discrétion de toute personne qui s'adresserait à lui pour publier un projet de mariage.

Mais jusqu'où peut-il pousser sur ce point sa prévoyance? Selon les uns, le texte de la loi ne lui donne que le droit d'exiger, comme justification à l'appui de la requête de publication, la représentation de l'acte de naissance des futurs époux, parce que l'art. 63 veut que les publications énoncent leur qualité de majeur ou de mineur : et voilà pourquoi, ajoute-t-on, l'art. 168 prescrit des publications à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels se trouvent les futurs époux. Si on veut par là les informer du projet de mariage, c'est qu'ils peuvent l'ignorer; s'ils peuvent l'ignorer, il n'a donc pas été nécessaire de produire pour les publications toutes les pièces et notamment le consentement nécessaire pour la célébration même (1).

Selon d'autres (2), l'officier civil semble autorisé à demander dès le moment même aux parties la justification de toutes

(1) Zacharie, t. 3, p. 295. — (2) Hutteau d'Origny, tit. 7, chap. 3.

les conditions requises pour la validité de leur union, non-seulement du consentement de leurs ascendants ou de leur famille si elles sont mineures, mais même aussi des actes respectueux auxquels elles pourraient être obligés de recourir. On fonde cette opinion sur une analogie, en citant deux lettres du ministre de la guerre des 5 thermidor an VIII et 30 pluviôse an XIII, portant « qu'il convient d'exiger des militaires, *avant la publication de leurs bans*, un certificat du conseil d'administration de leurs corps, constatant la déclaration qu'ils lui ont faite de leur prochain mariage. » Une opinion intermédiaire, qui paraît raisonnable, consisterait à dire que l'officier d'état civil a le droit d'exiger des futurs époux mineurs, quant au mariage, la preuve des consentements nécessaires, sans qu'il soit autorisé, s'ils sont majeurs, à exiger autre chose que l'extrait de leur acte de naissance. Cette nécessité de justifier, pour les publications, du consentement sans lequel le mineur ne peut passer outre au mariage, semble être un corollaire naturel de cette obligation même du consentement. A l'objection tirée de l'article 168, on peut répondre que l'obligation imposée aux futurs époux en puissance d'autrui, de faire publier leur mariage là où demeurent les ascendants, n'a pas tant pour but de faire connaître à ceux-ci le mariage qu'ils doivent déjà connaître, que de provoquer les oppositions fondées sur une cause quelconque ; et il est naturel que cette provocation soit faite au lieu où le futur époux sera le plus connu.

On s'était demandé au conseil d'état s'il était nécessaire de fixer un jour déterminé pour les publications ; on avait fait observer qu'en laissant aux parties le choix du jour, on leur épargnerait le temps qu'ajoute souvent au délai la nécessité d'attendre le jour fixé ; on pouvait craindre que si le jour n'était pas libre, on ne fît consacrer son mariage par les ministres de la religion, et l'on ne différât ensuite de le consacrer devant l'officier public. « La religion, disait le premier consul, a aussi ses lois sur les publications ; si la loi civile sur le même objet la contredit, l'exécution de la loi civile sera différée. »

Mais l'opinion tendant à fixer pour les publications un jour, c'est-à-dire le dimanche, comme celui où la publicité est la plus facile, prévalut par ces considérations que le jour de la publication n'était pas indifférente, et que sa détermination était nécessaire, afin que les intéressés pussent aller entendre

les publications; que d'ailleurs, d'après la législation nouvelle, l'antériorité et l'intervalle entre la célébration religieuse et la célébration civile n'était pas à redouter; car si, suivant le principe religieux, le sacrement bénit le mariage, le contrat religieux formé sans que le contrat civil s'ensuive laisse le mariage sans effets civils, et que l'intérêt des contractants commanderait ainsi la célébration civile immédiate;

— Qu'on pouvait au surplus ordonner qu'aucun culte ne pourrait appliquer au mariage les cérémonies de son rite avant qu'on lui eût justifié que le contrat civil avait été formé suivant la loi.

Cette dissertation, qui avait lieu le 14 fructidor an IX, fit adopter la règle proposée. Elle prépara aussi les mesures qui ont été prises postérieurement, dans le but d'empêcher la consécration du mariage par les ministres de toute religion avant que le contrat civil ait été légalement formé, et que nous aurons plus tard à examiner.

Ce qui constitue essentiellement la publication, c'est d'abord une proclamation publique, faite devant la maison commune, du mariage projeté et des renseignements sur les personnes des futurs conjoints et sur leurs familles, propres à les signaler à l'attention publique, et à les faire reconnaître : c'est ensuite une affiche placée pendant huit jours à la porte de la maison commune et où sont écrits les renseignements déjà publiés. (Art. 63 et 64.)

A moins d'une dispense formelle, que l'autorité judiciaire n'accorde jamais que sur une cause grave, telle que la grossesse avancée de la future, des intérêts pressants de famille, des départs obligés par des circonstances impérieuses, il doit être fait deux publications à huit jours de distance : elles sont constatées par un acte authentique, dont il est possible de délivrer des expéditions qui en justifieront l'existence. Le nombre et l'intervalle des publications est une amélioration sur les lois intermédiaires, qui n'exigeaient qu'une seule publication faite indifféremment à tel ou tel jour de la semaine, pourvu qu'il précédât de trois jours celui du mariage. Mais dans quelle commune devraient être faites les publications?

Les art. 166, 167 et 168 du code répondent à cette question. Les termes dans lesquels ils sont conçus ont soulevé des interprétations diverses. Toutefois il me semble légitime de soutenir que, contrairement à l'ancien droit qui admettait comme domicile pour le mariage la résidence actuelle, quoi-

qu'elle ne remontât pas à six mois, et qui, dans ce dernier cas seulement, exigeait que la publication fût faite aussi au domicile antérieur, les publications doivent être faites d'abord dans les communes où chacun des futurs époux a son domicile réel, son domicile ordinaire, alors même qu'il aurait résidé ailleurs pendant six mois, parce que c'est là qu'ils seront presque toujours le mieux connus, et que ces publications seront par conséquent les plus utiles.

De plus, aux termes de l'art. 167, qui se réfère à l'art. 74, le mariage étant possible, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, dans le lieu où l'on a résidé pendant six mois, dans ce cas les publications devront être faites, outre le lieu du dernier domicile, au lieu même de la résidence.

Si les six mois de résidence n'étaient pas atteints, une publication serait inutile dans la commune de l'habitation actuelle. Si l'un des futurs avait successivement résidé plus de six mois dans des communes différentes, mais sans y avoir acquis de domicile légal, on s'est demandé s'il y aurait lieu dans ce cas de faire les publications dans tous les lieux de ces résidences temporaires.

La réponse semble tracée par le silence des articles qui les prescrivent, et à domicile, et au lieu de la dernière résidence de six mois. Les résidences intermédiaires ayant cessé, restent sans effet et ne peuvent imposer d'obligations. D'ailleurs tout danger de surprise sera prévenu par la nécessité de faire publier le mariage au domicile légal, c'est-à-dire au domicile d'origine, si aucun autre n'a été régulièrement établi.

Mais une autre question se présente, c'est celle de savoir si l'obligation de faire publier son mariage, non-seulement au domicile actuel du mariage, acquis par la résidence de six mois, mais encore au dernier domicile, le domicile légal, subsiste même quand ce domicile matrimonial résulte de plus de six mois de résidence.

Les avis sont encore très-partagés sur ce point. Selon les uns, si la résidence existe depuis plus de six mois, la publication au dernier domicile n'est pas exigée; selon les autres, on en est dispensé après une année seulement de résidence.

Sur quoi se fonde-t-on pour établir que plus de six mois, six mois et un jour par exemple, de résidence dans un même lieu, dispensent de toute publication ailleurs? Sur les termes de l'article 167 : « Si le domicile n'est établi que par six mois de résidence, » et l'on raisonne par *à contrario*. Pour réfuter

cette opinion, il suffit de se demander ce qu'a voulu le législateur en imposant la publication au dernier domicile qui précède la résidence de six mois. Il voulait, pour obtenir une garantie plus complète contre les empêchements légaux du mariage projeté, en appeler au lieu où les événements de la vie de l'individu, ses rapports de famille, les liens qu'il aurait pu contracter, seraient nécessairement plus connus que dans une résidence nouvelle, et surtout fort éloignée de toutes ses premières relations ; or, ce but serait-il atteint si, après six mois et un jour, il était dispensé de cette relation au lieu de son domicile ? Voilà pourquoi on propose, dans une seconde opinion, de ne dispenser le futur époux de cette publication que s'il a résidé ailleurs pendant au moins une année. On s'autorise pour le prétendre sur ce que dans l'ancien droit, après avoir résidé pendant un an dans un seul diocèse, on pouvait s'y marier, et l'on était même dispensé de faire publier les bans de mariage dans le précédent. Mais le code n'a pas admis cette distinction, il a formulé une règle générale qui n'autorise en rien la nuance que l'on voudrait établir. L'ancien droit est une lettre morte qui doit être ici sans valeur. Que reste-t-il donc, sinon la lettre et l'esprit de la loi actuelle ? La lettre de laquelle il résulte que si le domicile actuel a pour unique base une résidence de six mois, il faut rechercher, par une publication, les documents que pourrait procurer l'ancien domicile. L'esprit qui a dicté la règle dans le but d'éviter les erreurs, les surprises et les fraudes, but qui serait manqué dans beaucoup de cas, si le domicile de simple résidence était le seul consulté.

Concluons donc que pour qu'il ne soit plus besoin de faire à l'ancien domicile une publication en même temps qu'au lieu de la résidence, il ne suffit pas que cette résidence ait duré plus de six mois, ou même plus d'un an; il faut que le domicile des six mois de résidence soit devenu aussi le domicile légal : il faut par conséquent qu'on se soit conformé aux dispositions des articles 103, 104 et 105 du code Napoléon. Par l'accomplissement de ces formalités, les personnes qui, dans l'ancien domicile, seraient intéressées à surveiller l'existence de l'individu, et à s'opposer à son mariage dans sa nouvelle demeure, sont suffisamment averties.

S'il y a impossibilité de faire publier le mariage dans le domicile légal du futur, par exemple, en cas de guerre ou d'éloignement, il faut décider, avec une loi du 14 septembre 1793,

qui n'a pas été abrogée, que, dans ce cas d'impossibilité, le défaut de ces publications ne pourrait faire obstacle au mariage, et qu'il suffirait qu'elles se fissent dans le lieu de la résidence actuelle des futurs conjoints.

L'article 168, qui prescrit les publications à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels pouvaient se trouver les contractants, a soulevé la question de savoir dans quel cas les parties contractantes sont sous la puissance d'autrui relativement au mariage. Est-ce seulement lorsque, mineures pour le mariage, c'est-à-dire n'ayant pas atteint leur vingt-cinquième année, elles ont besoin du consentement de leurs ascendants, ou bien aussi lorsque, majeures, elles ont des ascendants dont elles doivent demander le conseil ?

Pour soutenir que, même dans ce dernier cas, les publications doivent être faites au domicile des ascendants, on pourrait invoquer le texte et les motifs de l'art. 168. N'est-ce pas, en effet, être sous la puissance d'une personne, n'est-ce pas dépendre de cette personne, que d'être légalement obligé de lui demander conseil ? Les ascendants, d'ailleurs, à défaut d'actes respectueux, ont le droit de former opposition ; et il importe, pour l'efficacité de ce droit, que les publications les instruisent du projet de mariage. — On peut répondre à cette argumentation, que l'enfant qui peut se marier sans le consentement de son ascendant n'est pas, à proprement parler, sous sa puissance, c'est-à-dire sous son autorité quant au mariage. C'est ainsi, d'ailleurs, que l'entendait l'ancien droit; et si le législateur eût voulu innover à cet égard, il l'eût dit expressément : on ne peut pas imposer une obligation dont il n'est pas parlé. D'ailleurs, le droit de former opposition à défaut d'actes respectueux, a pu paraître suffisamment garanti à l'ascendant par la nécessité imposée à l'enfant de représenter soit l'acte de décès, soit le consentement de cet ascendant.

On s'est demandé encore si l'article 168 ne devrait pas s'appliquer au cas où le futur époux mineur, et n'ayant plus d'ascendant, est tenu d'obtenir le consentement du conseil de famille. Proudhon enseigne la négative, soit parce que ce mineur n'est point sous la puissance de chacun des membres du conseil individuellement pris, soit parce que ce conseil n'a point de domicile. — Mais est-ce que l'enfant n'est pas alors sous la puissance de ce conseil relativement à son mariage ? Oui, sans doute. — Est-ce qu'il n'est pas très-utile que le conseil soit informé par des publications de ses projets de ma-

riage ? Oui encore. — Donc le texte et les motifs de cet article sont applicables à cette espèce. Il n'est pas exact, d'ailleurs, de dire que le conseil n'a pas de domicile ; les publications seront faites au lieu où il se rassemble et où il siége.

Les publications faites, leur effet dure pendant une année entière (art. 65) ; mais, après ce délai, s'il n'y a pas eu de mariage, elles doivent être renouvelées. Cette règle est sage, car il peut, dans un aussi long espace de temps, être survenu de nouveaux empêchements qui n'existaient pas, ou l'on peut en avoir découvert qui n'étaient pas connus.

Pour terminer ce que nous avons à dire sur les publications, il nous reste à nous demander quelle est la sanction des prescriptions de la loi à cet égard, et quels effets produirait soit l'irrégularité des deux publications, soit leur absence complète.

Faut-il aller jusqu'à dire avec Proudhon que le défaut absolu de toutes publications serait une cause nécessaire de nullité ? Nous ne le pensons pas. Que dit en effet l'art. 192 ? que les irrégularités commises dans les publications, aussi bien que leur omission, seront punies par une amende contre l'officier public et les parties. Nous verrons plus tard que, d'après l'art. 193, la clandestinité ou l'incompétence sont sanctionnées, ou par la nullité du mariage, ou par une amende que paient les parties. Or, d'après l'art. 192, l'omission ou l'irrégularité des publications sont sanctionnées par leur amende ; donc elles ne le sont point par la nullité ; autrement la sanction serait double, et le simple défaut de publication serait plus grandement puni que le vice réel de clandestinité, ce qui serait illogique. Le défaut de publication, il est vrai, aggravera toujours les autres vices de clandestinité, et pourra être considéré comme altérant plus ou moins la publicité même du mariage. Dans ce cas, on conçoit qu'il soit un des éléments sur lesquels se fonde le juge pour prononcer la nullité du mariage, entaché d'ailleurs dans sa loi fondamentale, la publicité ; mais l'absence des publications ne peut pas être par elle-même et toute seule une cause de nullité. C'est dans ce sens que l'ancienne jurisprudence résolut la même question, malgré les termes rigoureux de l'ordonnance de Blois : « Ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation précédente de bans. »

CHAPITRE II.

Domicile matrimonial. — Compétence de l'officier de l'état civil.

Quel que soit le lieu de la célébration du mariage, il est nécessaire que le projet en soit connu quelque temps avant son exécution, afin de prévenir les erreurs, les surprises, afin que les obstacles qui s'y opposeraient puissent surgir, afin que les empêchements autorisés par la loi puissent être connus : c'est là le but des formalités préparatoires que nous avons résumées dans lespublications. Mais, ces formalités préparatoires une fois remplies, il importe de déterminer le lieu où s'accompliront les formalités solennelles qui consacreront l'union.

Le lieu où chacun des futurs conjoints était domicilié devait naturellement attirer l'attention du législateur, comme étant celui où ils avaient eu le plus de rapports, où leurs habitudes, leur mode d'existence, leur état physique et moral, devaient être le plus connus, où les événements mêmes de leur vie passée pouvaient être le moins ignorés ; mais si la résidence actuelle était récente, les renseignements désirés n'y seraient pas obtenus, les annonces qui y seraient faites deviendraient inutiles, et le but de la loi serait manqué.

La prévision de ces inconvénients obligeait de poser des règles sur le lieu où l'on pouvait se marier, et l'officier civil qui serait compétent pour consacrer l'union : c'est là l'objet de l'étude de ce chapitre, qui se réduit à cette question : Dans quelle commune et par quel officier public le mariage doit-il être célébré?

Le point délicat dans cette matière, c'est de concilier ces deux principes également incontestables, à savoir, d'une part, que le mariage doit pouvoir être en tout temps célébré en quelque lieu ; et d'autre part, que le mariage ne doit pas être ignoré dans le lieu où les parties contractantes ont leurs relations.

L'ancien droit avait concilié ces deux règles, en permettant toujours le mariage au lieu du domicile, et en exigeant, lorsqu'un an ou six mois ne s'étaient pas encore écoulés, des publications au lieu du dernier domicile.

Dans le droit intermédiaire, la loi du 20 septembre 1792 exigea la résidence de six mois dans la commune. « Le domi-

cile, quant au mariage, est fixé par six mois d'habitation dans le même lieu (1). »

Mais un décret d'ordre du jour du 22 germinal an II interpréta ce texte dans le sens de l'ancien droit. « Considérant que l'esprit de la loi ne saurait être d'empêcher que l'acte du mariage soit reçu dans le lieu du domicile actuel de l'une des parties qui veulent se marier, pourvu qu'elles aient rempli les formalités de la publication des promesses dans le dernier domicile où les parties contractantes ont demeuré au moins six mois. » C'est sur ces données qu'on peut le plus sûrement chercher à établir le sens véritable des textes équivoques du code.

Les trois articles suivants sont les seuls relatifs à la compétence :

« 74. Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des époux aura son domicile. Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. »

« 165. Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties. »

« 167. Néanmoins si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile. »

Il résulte de ces textes que le domicile exigé pour le mariage peut ne pas être le domicile réel. Ce domicile spécial s'acquiert par la simple résidence dans une commune, sans qu'il soit besoin d'y fixer son principal établissement, comme la loi le veut pour le domicile réel (art. 103). On peut donc avoir son domicile réel ou légal dans un lieu, et son domicile pour le mariage dans un autre lieu.

Cette disposition, qui étend la facilité de se marier à des cas nombreux, où sans cela le mariage serait impossible, répond évidemment à cette règle que nous posions d'abord, à savoir que le mariage puisse être en tout temps célébré en quelque lieu; et disons-le *à priori*, elle semble inviter à une solution aussi large que possible des difficultés relatives au domicile matrimonial.

Ceci posé, la question de savoir en quel lieu le mariage peut être célébré s'éclaircit singulièrement. Ainsi la célébration est possible dans le lieu où les parties ont six mois de

(1) T. 4, sect. 2, art. 2.

résidence, sans y avoir leur domicile réel (74, 167); il peut l'être à plus forte raison dans le lieu où elles ont à la fois six mois de résidence et leur domicile réel.

Mais peut-il l'être dans le lieu où elles ont leur domicile réel sans y avoir six mois de résidence, ces six mois passés dans un autre lieu leur donnant déjà le droit de s'y marier? En d'autres termes, la loi, en établissant pour la célébration du mariage un domicile exceptionnel, ne prive-t-elle pas les contractants du droit de le célébrer à leur domicile légal? Est-ce une faculté qu'elle accorde, ou une obligation qu'elle impose?

Au milieu des incertitudes de la doctrine sur cette question, quatre opinions différentes semblent se formuler spécialement.

La première enseigne que le domicile, quant au mariage, ne peut en aucun cas s'établir que par six mois d'habitation continue dans la même commune; que ce domicile spécial est à cet égard régi par des principes tout-à-fait distincts de ceux qui gouvernent le domicile ordinaire, et que dès-lors cette habitation continue pendant six mois dans la même commune est tout à la fois nécessaire et suffisante pour que le mariage puisse y être célébré; de telle sorte que la célébration ne pourrait pas avoir lieu au domicile ordinaire du futur époux, s'il n'avait pas aussi dans ce même lieu son domicile matrimonial, c'est-à-dire une résidence antérieure et continue de six mois.

La seconde opinion professe qu'on peut se marier, soit dans la commune où l'on a une résidence de six mois (résidence qui forme ainsi un domicile spécial quant au mariage), soit dans la commune où l'on a son domicile ordinaire; mais pour que la célébration puisse avoir lieu à ce dernier domicile, elle exige une condition particulière; et tandis qu'en règle générale l'établissement du domicile ordinaire n'est pas soumis à la condition d'une résidence continuée pendant un certain temps, cette opinion veut au contraire que le domicile ordinaire lui-même ne s'établisse, quant au mariage, que par une habitation continue de six mois; mais cette condition une fois remplie, le mariage pourra toujours y être célébré, lors même que la personne aurait ensuite résidé pendant six mois dans une autre commune, où elle pourrait également se marier.

Dans cette seconde opinion, l'avantage du domicile légal sur

le domicile matrimonial proprement dit, c'est de rendre la célébration possible à ce domicile légal, pourvu qu'à une époque quelconque on y ait passé six mois continus, et sans qu'il soit exigé, comme cela l'est pour le domicile matrimonial, que ces six mois de résidence continue précèdent immédiatement le mariage.

La troisième opinion ne se distingue de la précédente que par une exception qu'elle pose à la latitude que nous venons d'indiquer, et qui consiste en ce que : si le domicile ordinaire n'était qu'un domicile d'origine dans lequel la personne n'aurait conservé ni résidence ni relations, une habitation continue de six mois dans le lieu de ce domicile serait nécessaire immédiatement avant l'époque où elle voudrait s'y marier.

Enfin, la quatrième opinion reconnaît, dans tous les cas, à la partie la faculté de se marier soit au lieu de sa résidence continuée pendant six mois, soit au lieu de son domicile ordinaire, sans exiger en ce cas ni pour l'établissement, ni pour la conservation de ce domicile, d'autres conditions que celles qui résultent du droit commun.

A l'appui des trois premières opinions, qui toutes tendent plus ou moins à absorber, quant au mariage, le domicile légal et ordinaire dans le domicile de fait ou la résidence de six mois, on dit : que s'il importe de favoriser la célébration des mariages, il n'est pas moins essentiel de les entourer d'une publicité sérieuse et efficace ; or, cette publicité on ne l'obtient réellement qu'autant que le mariage est célébré dans la commune de la résidence de l'un des futurs époux, dans la commune où une habitation de six mois au moins l'aura fait connaître beaucoup mieux qu'il ne le serait à son domicile de droit, lequel n'est souvent qu'une fiction juridique. S'il n'en était pas ainsi, deux individus qui craindraient, dans le lieu où ils sont connus, quelque opposition fondée à leur mariage, iraient fixer leur domicile dans un autre endroit aussi éloigné qu'ils voudraient, et là, immédiatement après les déclarations suffisantes pour opérer le changement de domicile, ils pourraient contracter mariage sans être absolument connus de personne et sans avoir même été forcés de le faire publier au lieu de leur domicile abandonné, puisque l'art. 167 n'oblige à cette formalité que ceux qui se marient dans le lieu de leur résidence, ce qui n'implique aucunement ceux qui contracteraient mariage au lieu d'un domicile acquis d'hier.

Six mois de résidence, c'est quelquefois une trop dure exi-

gence, reprend la seconde opinion; et en voulant éviter de trop faciliter le mariage sans la publicité désirable, on s'expose à un autre inconvénient non moins réel, celui d'un mariage rendu impossible pendant plusieurs mois, et au domicile parce qu'on n'y réside pas, et au lieu de la résidence tant que les six mois ne se sont pas écoulés ; et voilà pourquoi cette seconde opinion veut rendre le mariage possible au domicile de droit, pourvu qu'à la condition de domicile vienne se joindre dans le même lieu la condition d'une résidence antérieure, et à une époque quelconque, mais ayant toujours duré six mois : de cette façon on évitera le double inconvénient, celui contre lequel s'efforce de lutter le premier système, et celui qui en résulte.

On l'évitera, dit la troisième opinion, si la résidence de six mois dans le lieu du domicile légal est assez récente pour que les contractants y soient suffisamment connus; mais supposez que ce domicile, celui de leur origine, dans lequel ils ont pu résider six mois il y a de longues années, ait été depuis longtemps abandonné par eux, que depuis ce temps ils n'y aient pas reparu; les voilà oubliés, désormais inconnus malgré les six mois de résidence d'autrefois : il ne serait pas sage, dans ce cas, de leur laisser la faculté de la célébration au lieu de ce domicile juridique et fictif néanmoins; ils ne pourront donc plus s'y marier sans une nouvelle résidence de six mois.

Mais toutes ces considérations, quelque fondées qu'elles soient en elles-mêmes, perdent toute leur valeur en présence de la lettre du code.

On ne peut même pas les appuyer, comme on veut le faire, sur l'ancien droit; car si en fait de mariage il tenait compte surtout de la résidence, Pothier après avoir dit que le curé d'une nouvelle résidence sera seulement compétent pour marier après six mois, si l'ancienne était dans une paroisse du même diocèse, ou après un an entier, si elle était dans un autre diocèse, Pothier ajoute que le curé actuel peut cependant procéder au mariage, avant même les six mois de résidence dans la nouvelle paroisse, pourvu que les contractants lui présentent un certificat de publications de bans dans la paroisse d'où ils sortent.

La loi de 1792, que l'on invoque comme faisant consister le domicile, quant au mariage, exclusivement en six mois d'habitation au même lieu, fut elle-même interprétée par un décret d'ordre du jour du 22 germinal an II, qui décida que rien

ne s'opposait à ce que le mariage fût célébré au lieu du domicile ordinaire, à charge de le faire publier au lieu de la dernière résidence.

Voyons maintenant si le code Napoléon a modifié cette doctrine. Quelle est d'abord la règle générale? C'est que tous les actes de l'état civil peuvent être faits au domicile des parties (art. 102). Et l'art. 165 que fait-il autre chose que d'appliquer au mariage cette théorie? Ce que fait l'art. 165, l'art. 74 le fait également, malgré sa rédaction embarrassée, dans sa première partie : là, comme dans les articles 165 et suivants, le mot domicile est employé dans son acception technique, et pour désigner le domicile général et ordinaire. Il est vrai qu'une seconde partie de cet article 74 vient étendre le domicile, en cas de mariage, à un fait nouveau, la seule résidence au même lieu pendant six mois; mais c'est là une faculté de plus qui ne détruit en rien la compétence du domicile ordinaire en fait de mariage : ce n'est pas une restriction du droit de se marier, ce n'est qu'une extension de ce droit, non-seulement au lieu du domicile légal, mais en outre au lieu où les parties auront une résidence de six mois.

Si l'on n'admet pas cette interprétation, l'art. 167 est inexplicable : en effet, en prescrivant de publier le mariage au lieu du dernier domicile outre celui du domicile actuel quand il sera établi par six mois de résidence, et par ce mot « néanmoins » placé en tête de l'article, il indique positivement que dans la pensée du législateur le mariage peut n'être pas toujours célébré dans la commune de la résidence ; et alors où le sera-t-il sinon dans le domicile réel? en un mot, les termes « *néanmoins si* » et la contexture de l'article, rapproché du précédent, indiquent une faculté d'option entre le domicile de résidence et le domicile de droit. Si cette option n'existait pas, il ne faudrait pas prévoir hypothétiquement, comme le fait l'article, le choix du domicile de fait pour la célébration, ce qui suppose le droit de choisir, pour la célébration, le domicile ordinaire; il faudrait poser une règle générale, et dire que toujours il y aura double publication; or, c'est ce que ne dit pas l'article; et les partisans des opinions opposées, pour lui donner un sens, sont obligés de l'interpréter ainsi, c'est-à-dire de le dénaturer.

Il est vrai que le conseil d'état, consulté sur la question de savoir si les militaires étaient quant au mariage soumis au droit commun, répondit « que les militaires en France, étant

soumis au droit commun, ne pouvaient se marier que par devant les officiers d'état civil des communes où ils avaient résidé sans interruption pendant six mois; mais cette décision ne fait qu'assimiler la condition des militaires à celle de tous les autres citoyens, sans se prononcer d'ailleurs sur les difficultés que le droit commun peut soulever à l'égard de tous ceux qui y sont soumis. On ne peut donc citer cette interprétation comme un argument qui contredirait l'opinion que nous soutenons. Si l'on n'interprète pas l'article 74 comme une facilité donnée au mariage en autorisant sa célébration dans deux endroits différents, quelle signification a-t-il dans l'économie de la loi? Pas d'autre que celle de tenir en échec, dans bien des cas, deux personnes d'ailleurs parfaitement capables de se marier, faute d'un lieu où la célébration puisse se faire, par cela seul que les six mois de résidence ne seront pas écoulés; et cette conséquence du système contraire est vraiment inadmissible.

Il est vrai que les conditions de publicité qui ont pour but d'atteindre les règles sur le domicile, pourront être éludées lorsque le mariage sera contracté, soit dans un domicile nouvellement acquis sans aucune résidence préalable, soit dans un domicile ancien subsistant toujours en droit, mais en fait abandonné depuis longtemps; cependant les formalités qui constituent le changement de domicile créent beaucoup de chances pour faire promptement connaître celui qui l'opère: et souvent ces formalités désigneront bien plus promptement celui qui les a faites à l'attention que tel autre citoyen qui se sera contenté d'une simple résidence, eût-elle d'ailleurs duré six mois; donc en fait, l'inconvénient qui peut surgir de cette faculté de célébration à un domicile récent est plus rare qu'on ne pourrait le craindre; en droit, une personne est censée toujours connue au lieu de son domicile. Telle est à tort ou à raison la présomption légale; ne voit-on pas d'ailleurs le domicile de droit, même le plus abstrait et le plus ignoré, attirer néanmoins à lui les actes les plus importants, l'ouverture de la succession, tous les actes de l'état civil?

Ne pourrait-on pas d'ailleurs donner au principe de la publicité la satisfaction qui lui est due, en prescrivant, si le domicile légal n'est pas accompagné d'une résidence de six mois, des publications au dernier domicile?

Si un texte précis n'autorise pas ce palliatif, on peut dire tout au moins que les publications se faisaient ainsi dans

l'ancien droit; que, lors des travaux préparatoires du code, M. Tronchet, après avoir dit « que le mariage pouvait être célébré dans le lieu du domicile réel sans la résidence de six mois, déclara positivement qu'alors les publications seraient faites au lieu du domicile réel et au lieu de la résidence (1). Enfin, si cette doctrine peut susciter de graves objections, elle a du moins cet avantage d'être en harmonie avec un système adopté dès longtemps par l'ancienne jurisprudence, et consacré même par le droit intermédiaire.

On peut appliquer au domicile spécial du mariage, les règles du domicile légal lui-même, et dire que le domicile de mariage acquis par six mois de résidence dans une commune, ne cesse pas dès qu'on vient à discontinuer l'habitation dans cette commune. En effet, en matière de domicile, il est de principe qu'il n'y a ni perte pure du domicile actuel, ni acquisition pure d'un domicile nouveau, mais changement de domicile; c'est-à-dire qu'un domicile ne se perd que par les causes qui en font acquérir un nouveau. Le domicile de mariage, qui s'acquiert par six mois passés dans une même commune, doit donc se perdre seulement par six mois passés hors de la commune.

A la vérité, on ne pourrait pas appliquer ici la théorie du changement de domicile dans toute sa rigueur; le grand principe de la publicité du mariage s'y oppose. Ainsi, on ne pourrait pas dire que le domicile ne se perdra que par six mois passés dans une autre commune, de manière à ce que l'ancien domicile continue toujours jusqu'à l'acquisition d'un nouveau; car ce serait dire que deux personnes, parties d'une commune depuis cinq, dix, quinze années ou plus, sans être jamais restées six mois de suite dans le même pays, pourraient venir se marier dans cette commune où personne ne les connaît plus; ce serait là, il semble, se mettre en contradiction avec l'esprit de la loi. Mais pourquoi n'admettrait-on pas cette théorie jusqu'aux limites dans lesquelles elle s'harmonise avec la pensée du législateur ? Pourquoi ne permettrait-on pas le mariage à l'ancienne résidence pendant les six mois qui suivent le départ ? Si la loi suppose que six mois sont nécessaires pour que celui qui vient habiter une commune y soit suffisamment connu, n'en résulte-t-il pas que

(1) Séance du conseil d'état, 4 vendémiaire an x.

plus de six mois seront nécessaires pour que la connaissance une fois acquise se perde ?

Ainsi, en résumé, le domicile spécial du mariage durera, non pas tant qu'il ne sera point remplacé, mais tant qu'il sera légalement impossible de le remplacer, c'est-à-dire tant que six mois ne seront pas écoulés depuis le changement d'habitation. Cette doctrine si rationnelle est enseignée par un auteur d'une grande autorité, M. Coin Delisle ; et nous croyons qu'elle est de nature à éviter bien des difficultés en matière de célébration de mariage.

Tout ce qui vient d'être dit sur le domicile matrimonial ne s'applique qu'aux majeurs et aux mineurs émancipés. Quant aux mineurs non émancipés, ils ne peuvent pas acquérir par eux-mêmes un domicile qui leur soit propre (art. 108). Leur mariage devra donc être célébré au domicile légal de leur père, mère ou tuteur. Mais quoiqu'une résidence personnelle de six mois ne puisse être considérée comme leur acquérant un domicile pour le mariage, ils peuvent cependant jouir de l'avantage de ce domicile d'exception, par l'habitation pendant six mois, de leurs auteurs dans ce domicile exceptionnel. C'est une conséquence du principe que le pupille est censé habiter avec ceux qui administrent sa personne et ses biens. Toutefois, les déplacements fâcheux que cette règle pourrait occasionner dans certains cas, ont introduit l'usage de marier bien des jeunes gens au lieu de leur résidence ; usage sans danger d'ailleurs, puisque les publications doivent être faites au lieu du domicile des parents (1).

La théorie du domicile matrimonial ne comprend pas seulement le lieu où le mariage doit être célébré ; elle implique de plus la désignation de l'officier public qui sera compétent pour cette célébration.

Cette désignation résulte de l'article 75, qui donne à l'officier d'état civil qualité pour procéder aux formalités du contrat civil, dans la maison commune.

Elle résulte, en outre, de l'art. 165, aux termes duquel le mariage doit être célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties.

L'officier d'état civil, c'est-à-dire, aux termes de la loi du 28 pluviôse an VIII, ou le maire ou l'adjoint qu'il a délégué à cet effet ; en son absence, celui des membres du conseil-mu-

(1) Hutteau d'Origny, tit. 7, chap. 4.

nicipal désigné par la loi pour remplir ses fonctions, voilà donc le ministre de la loi en ce qui concerne le mariage; mais de plus le seul compétent, c'est seulement le fonctionnaire qui a ce caractère dans la commune où est faite la célébration. Tout autre officier civil serait sans caractère, et par conséquent sans compétence, s'il était attaché à une autre commune, fût-il même celui du domicile de l'un des contractants; car les pouvoirs que chaque officier de l'état civil tient de la loi n'existent que dans la commune à laquelle il appartient; c'est là seulement que sont déposés les registres sur lesquels il a le droit d'inscrire les actes de l'état civil, et par conséquent l'acte de mariage qu'il vient de célébrer. Rien ne compromettrait plus la validité ou plutôt l'existence même du mariage qu'une célébration faite par un individu sans caractère public à cet effet (1).

La constitution de 1791 avait proclamé que le mariage n'était considéré que comme contrat civil : s'emparant de ce principe dont aucune loi n'avait encore réglé l'application pratique, plusieurs personnes contractèrent des mariages devant divers officiers publics comme des notaires et même des huissiers; ces mariages furent validés par la loi du 25 septembre 1792; cette loi voulut seulement que les époux fussent tenus, dans la huitaine de sa publication, de déclarer leur mariage devant l'officier civil de la municipalité où il en était dressé acte : un avis du conseil d'état, du 18 germinal an XI, décide que ces mariages sont valables, bien que cette déclaration prescrite par la loi de 1792 n'ait pas été faite.

Ce texte précis du code a mis fin à toutes ces hésitations antérieures.

On a prétendu que ni les textes, ni les principes, ni la raison, n'imposent à l'officier de l'état civil l'obligation de célébrer le mariage dans les limites seulement de sa commune. — Les textes : L'art. 165, qui a surtout pour but de régler la compétence, prescrit la célébration « devant l'officier de l'état civil de l'une des parties, » et ne dit pas un mot du lieu de la célébration. L'art. 74, qui s'en occupe, pose à cet égard non pas une règle de droit, mais bien plutôt une règle de procédure qui n'est même garantie par aucune sanction. Bien différents sont les textes qui interdisent à certains officiers publics d'instrumenter hors des limites de leur territoire.

(1) Zachariæ, Valette sur Proudhon.

L'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, pour les notaires! la déclaration du 1er mars 1730 pour les huissiers! nous n'avons ici rien de pareil. — Les principes : D'une part, si l'officier de l'état civil exerce une juridiction quelconque, ce n'est assurément qu'une juridiction volontaire; or, il est de règle ancienne que l'exercice de cette juridiction n'est pas circonscrit dans de certaines limites (1); on pourrait même avec vérité soutenir que l'officier de l'état civil n'exerce en pareil cas aucune juridiction proprement dite; d'autre part, les parties ne sont pas obligées d'employer le ministère du notaire ou de l'huissier de leur domicile; elles peuvent, partout où elles se trouvent, se servir de l'officier ministériel du lieu. Au contraire, on ne peut se marier que devant l'officier de l'état civil de son domicile, et on comprend dès lors très bien comment la compétence des premiers est purement territoriale, tandis que celle du second est personnelle. En vain on objecte que les maires, en leur qualité d'administrateurs et d'officiers de police judiciaire, ne peuvent agir hors de leur territoire : il suffit de répondre que leurs fonctions d'officier de l'état civil sont tout à fait distinctes de leurs autres fonctions. La raison enfin et l'intérêt de la société exigent qu'un mariage qui réunit d'ailleurs toutes les conditions de validité requises puisse être célébré; et la loi serait imprévoyante et injuste, si dans le cas d'urgence elle ne permettait pas à l'officier de l'état civil d'aller le célébrer même en dehors de son territoire. Un homme, père d'un enfant naturel, est sur son lit de mort dans l'hospice d'une commune qui n'est celle ni de son domicile, ni du domicile de la mère de son enfant; l'officier de l'état civil de leur commune arrive : il est là, et il ne pourrait pas célébrer le mariage qui doit légitimer la femmeet l'enfant! et personne autre que lui pourtant n'a qualité pour le célébrer! Un tel résultat n'est pas admissible (2).

Nous répondrons à cette argumentation que d'abord, pour ce qui regarde les textes, les art. 74 et 165, en prescrivant le mariage au lieu où l'un des époux aura son domicile, et devant l'officier civil du domicile de l'une des parties; supposent bien certainement que cet officier civil est à son poste dans sa commune, là où se trouvent les registres sur lesquels les actes doivent être signés sur-le-champ (art. 75); qu'il est enfin au lieu du domicile de la partie. La désignation de l'officier

(1) L. 2, de off. proconsulis. — (2) Vazeille, t. 1, p. 251.

public emporte avec elle la désignation même du lieu de la célébration. Dans l'opinion adverse, sur quoi se fonde la distinction faite entre la juridiction contentieuse et volontaire, distinction qui, juste à certains égards, n'est nullement reproduite dans les textes actuels? Si le maire de Marseille n'est pas maire à Paris, ce qui résulte des principes de notre droit public, comment serait-il à Paris officier d'état civil, en cessant d'y être maire? s'il n'y peut recevoir un acte de naissance ou de décès même d'un Marseillais, ce que reconnaissent les adversaires de l'opinion que nous soutenons, comment aurait-il le droit d'y célébrer un mariage? De ce que la partie peut se servir indifféremment de tous les notaires, et ne peut se marier que devant l'officier de l'état civil de son domicile, il ne s'ensuit pas qu'elle soit renfermée à cet égard dans une rigueur excessive, puisqu'en définitive un mariage peut encore se célébrer dans quatre endroits différents. Il n'y a donc pas de milieu entre ces deux règles : ou il faut admettre que le mariage pourrait être valablement célébré par un officier de l'état civil tout à la fois incompétent *ratione loci*, et *ratione personarum*, c'est-à-dire qui marierait, hors de sa commune, deux personnes qui n'auraient ni l'une ni l'autre, ni domicile, ni résidence dans la commune de cet officier public (car la logique de l'erreur veut qu'on aille jusque là); ce qui est inadmissible, puisque ce prétendu maire ne serait, et quant au lieu et quant aux personnes, qu'un simple particulier; ou il faut dire, comme nous le croyons, que si les deux parties, ayant chacune le domicile requis pour le mariage, peuvent choisir entre deux officiers de l'état civil, ce n'est qu'à la condition de se marier devant l'officier compétent, c'est-à-dire exerçant sa juridiction au lieu où se célèbre le mariage. Serait donc irrégulier le mariage célébré dans une commune où habite l'un des contractants, mais devant celui des deux officiers civils qui n'y exerce pas ses fonctions.

Le domicile matrimonial, l'officier public compétent, une fois désignés, il reste à faire connaître le lieu même de la célébration; c'est, d'après les textes, la maison commune : les parties ne pourraient forcer l'officier civil de les marier ailleurs. Toutefois, malgré des opinions contraires sur ce point, j'inclinerais à penser que des motifs graves et légitimes, dont il est le juge, pourraient l'autoriser à célébrer un mariage dans un autre lieu de sa commune, sur la demande qui lui en serait faite, sauf à suppléer à l'absence de cet élément de publicité

par des avertissements faisant connaître l'endroit de la célébration, qui aura toujours lieu les portes ouvertes (1).

Cette opinion me semble suffisamment autorisée par les observations qui furent présentées lors de la discussion sur les causes de nullité du mariage, et dans laquelle il fut reconnu que le mariage pourrait être célébré hors de la maison commune, pourvu qu'il le fût publiquement et par l'officier civil compétent.

La loi, dit Locré, dans son *Esprit du Code civil*, n'ôte point à l'officier de l'état civil la faculté de se transporter, dans les cas d'urgence, hors du lieu ordinaire de la célébration des mariages ; car non-seulement elle ne déclare pas nul le mariage qui a été ainsi célébré, mais elle ne voit même pas là une irrégularité qui doive, comme celle qu'elle prévoit dans les articles 50 et 192, entraîner la peine la plus légère. Les paroles de Portalis, « que le mariage doit être fait en présence du public, dans la maison commune. et que cet officier public n'a aucun pouvoir personnel de changer le lieu et de modifier les formalités de la célébration, » ne peuvent pas être un argument contre cette théorie ; car la suite du passage qui commence cette citation démontre que la célébration dans la maison commune est indiquée comme un moyen d'en assurer la publicité, et non comme la condition *sine qua non* de la validité de la célébration. Ce moyen peut donc être romplacé par un équivalent, alors surtout que la loi ne le prescrit pas à peine de nullité. La seule conséquence à tirer de la seconde phrase de Portalis serait de punir, conformément à l'article 193, l'officier public qui prendrait sur lui de célébrer le mariage hors la maison commune sans y être forcé par des circonstances extraordinaires (2).

Ainsi la règle que la célébration doit être faite dans la maison commune, ne rend pas toujours le mariage annulable parce qu'il sera fait dans une maison particulière. Un mariage *in extremis* ne peut guère être contracté autrement, et il est valable. Il était même considéré comme tel dans l'ancien droit, qui le privait des effets civils. La déclaration de 1639 déclarait incapables de toutes successions les enfants nés des femmes que les pères avaient entretenues et qu'ils épousaient à l'extrémité de leur vie. L'édit de mars 1697 confirma sur ce point la déclaration et l'étendit aux femmes. Il

(1) Coin Delisle, 75, n° 4-6. — (2) Répertoire de Merlin. V° Mariage.

paraissait étrange, disait Portalis, qu'une personne mourante pût concevoir l'idée de transformer subitement son lit de mort en lit nuptial... On appréhendait avec quelque raison les surprises et les machinations ténébreuses; puis, à raison du commerce antérieur, qui presque toujours motivait ces sortes d'unions, la morale religieuse n'était pas étrangère à une prohibition dont l'effet devait être de prévenir le désordre des mœurs par la considération de la honte irréparable et des peines sans remède qui y étaient attachées.

Mais l'expérience fit voir d'ailleurs qu'une pareille prohibition était trop souvent impuissante contre la licence, et qu'en livrant au désespoir un père mourant qui ne pouvait apaiser ses remords et assurer l'état de sa postérité, on punissait surtout de malheureux enfants victimes innocentes d'une faute qui leur était étrangère; on considéra que si le mariage *in extremis* a ses dangers, il a aussi ses avantages, et qu'après tout, en se plaçant à un autre point de vue, il pourrait être envisagé comme la juste réparation d'une faute. C'est sous l'influence de ces idées que la loi de 1792 ne défendit pas ces mariages; et comme elle détermina tous les empêchements qu'elle entendait maintenir, et qu'elle abrogeait les lois antérieures sur la matière, les mariages *in extremis* furent dès lors permis en observant d'ailleurs les formalités prescrites. Telle a été aussi la pensée du législateur moderne (1).

Nous avons vu que dans l'ancien droit la nullité du mariage était la sanction de l'incompétence du ministre de la célébration. Faut-il en dire autant aujourd'hui? Cette question a également soulevé les avis les plus contradictoires. Avant de les exposer, rappelons-nous que l'incompétence peut exister sous plusieurs rapports : elle a lieu d'abord lorsqu'un officier civil célèbre un mariage hors de sa commune, quoiqu'il soit celui de l'une des parties; elle a lieu encore lorsqu'aucun des conjoints n'a son domicile matrimonial dans la commune où l'officier public qui le célèbre exerce ses fonctions. On peut citer comme dernier cas d'incompétence personnelle le mariage célébré par un fonctionnaire autre que l'officier de l'état civil, ou par un simple particulier.

Dans ce dernier cas, l'incompétence du fonctionnaire qui a célébré l'union est telle qu'il n'est pas douteux qu'elle a pour

(1) Fevret, t. 9, p. 164.

effet d'invalider le mariage et de créer une nullité absolue. Personne ne conteste ce point; mais si le mariage a été célébré par un véritable officier de l'état civil, et qu'il soit incompétent, soit *ratione personæ*, soit *ratione loci*, la question se représente entière et fait naître des solutions contradictoires. Selon les uns, toutes les fois qu'il y a incompétence dans la célébration, de quelque nature qu'elle soit, le mariage doit être annulé; car, dit-on, dans l'intention du législateur il n'est pas de cause de nullité plus radicale que celle-là : « Il n'y a pas de mariage, disait Portalis, mais commerce illicite entre personnes qui n'ont point formé leur engagement en présence de l'officier public, témoin nécessaire du contrat. » Il est donc impossible d'abandonner à l'arbitraire du juge cette forme essentielle! La nature des choses résiste d'ailleurs à cette théorie des demi-compétences : la compétence de l'officier public est une condition absolue qui n'est pas susceptible de plus ou de moins : l'officier public sera tout à fait compétent, ou bien il ne le sera pas du tout : ce fait unique, indivisible, il n'y a qu'à le constater et à en tirer les conséquences.

Toutefois, l'examen des textes et des principes semble résister à cette interprétation. En effet, l'article 193, ainsi que le précédent, pose une sanction aux prescriptions réglementant la forme du mariage; or, on ne peut méconnaître qu'il prévoit l'hypothèse d'un mariage incompétent, sans l'annuler pour cela. En effet, il prononce des peines pécuniaires contre les infracteurs des règles posées dans l'art. 165. Quelles sont ces règles? La publicité et la compétence de l'officier public : donc les contraventions soit à l'une soit à l'autre de ces règles peuvent n'être pas jugées suffisantes pour entraîner la nullité du mariage; et il ressort de la combinaison de ces deux articles que l'incompétence n'est point par elle-même, et toute seule, une cause de nullité du mariage, et que l'art. 193 autorise le juge à apprécier si l'incompétence est de nature à motiver la nullité parce qu'elle révèle la fraude et porte une atteinte grave à la publicité, ou bien si elle n'est de nature qu'à motiver une peine pécuniaire, auquel cas elle peut n'avoir rien de commun avec la publicité dans laquelle on a voulu à tort la confondre.

Si la compétence est un élément de publicité du mariage, et nous ne le nions pas, elle doit être, dans certains cas, traitée comme toutes les conditions qui concourent au même but; mais en outre la loi distingue d'une manière formelle la pu-

blicité de la célébration et la compétence de l'officier civil (165, 191). Sans doute la compétence concourt à la publicité, en ce qu'elle détermine le lieu où les parties sont le mieux connues ; mais elle fait davantage, elle donne à un officier d'état civil l'autorité qu'il n'aurait pas autrement : elle doit donc être, dans d'autres cas, considérée comme une chose distincte. A ce point de vue, nous le reconnaissons, l'incompétence est peu susceptible de nuances et de degrés ; mais, en tant qu'élément de publicité, elle est, suivant les cas, d'une importance plus ou moins grande. Il est tel cas où il serait injuste d'annuler un mariage parce que les parties de bonne foi n'ont pas su donner la solution exacte à la question quelquefois fort délicate de la compétence. Enfin, la lettre de la loi est ici, comme nous l'avons vu, en harmonie parfaite avec l'équité ; et c'est assurément la force de ces considérations qui a inspiré les arrêts nombreux par lesquels la jurisprudence semble avoir fixé cette solution, que l'incompétence de l'officier civil ne saurait être, en toute hypothèse, une cause nécessaire de nullité du mariage.

CHAPITRE III.

Formes obligatoires. — Célébration civile.

Toutes les formalités préliminaires à la célébration ont été remplies. Le lieu et l'officier de l'état civil compétent nous sont connus : à ce dernier ont été remises toutes les pièces qui doivent justifier de l'accomplissement des conditions requises pour que le mariage projeté puisse avoir lieu, telles que : 1° l'acte de naissance de chacun des futurs époux, afin de constater son âge et sa filiation ; 2° l'acte de consentement des ascendants, ou les procès-verbaux des actes respectueux ; 3° une expédition authentique des dispenses d'âge, de parenté, ou d'alliance qui auraient été accordées ; 4° les certificats des diverses publications prescrites ; 5° la main-levée des oppositions s'il en a été formé, ou les certificats négatifs. Arrive enfin le jour de la célébration civile de l'union, que les parties peuvent déterminer à leur gré, sans toutefois qu'elles soient en droit de contraindre le ministre de la loi à célébrer

(1) Sirey, cassation, 1824. — Toullier, Demante, Vazeille.

leur mariage pendant ces jours de repos, que l'article 57 de la loi du 18 germinal an x accorde les dimanches et fêtes à tous les fonctionnaires publics.

Il nous reste à savoir comment se fait cette célébration, dont les règles sont renfermées dans les articles 75 et 76 du code.

Reconnaissons d'abord les personnages qui sont en scène : 1° l'officier de l'état civil; 2° les témoins au nombre de quatre, parents ou non parents, sans qu'il soit nécessaire qu'ils sachent signer, comme l'exigeait la déclaration de 1736; 3° enfin les parties. Mais faut-il que les parties comparaissent ensemble et en personne? en d'autres termes peut-on se marier par procureur?

Pour l'affirmative on dit : la règle générale est qu'on peut agir par soi-même ou par un fondé de pouvoir (art. 1984), à moins qu'un texte de loi, ou du moins le caractère essentiel de l'acte, n'exige la présence de la partie elle-même : or, le mariage n'est-il pas un contrat comme tout autre engagement? Aucun texte d'ailleurs ne prescrit la présence en personne des futurs époux, et d'autre part il n'est pas de l'essence de la célébration du mariage qu'elle ne puisse pas être faite par procureur, puisque ce mode de célébration était admis en droit romain (1), et dans notre ancien droit français (2); donc rien ne s'oppose à ce qu'il soit encore aujourd'hui pratiqué. Il n'est point exact de dire que le droit canonique, qui permettait le mariage par procureur, ne le permettait qu'à des conditions incompatibles avec les principes modernes, qui font produire effet au contrat passé de bonne foi avec des tiers, même après la révocation du mandat, mais dans l'ignorance de cette révocation. Si le mariage par procureur n'était valable qu'autant que la procuration n'avait point été révoquée avant la célébration, c'est que, comme le disait Pothier, le consentement des parties est tellement de l'essence du mariage au temps auquel il se contracte, que lorsqu'il a cessé par la révocation de la procuration quoique ignorée, il ne peut pas se suppléer pour quelque cause que ce soit (3). Mais il faut remarquer qu'au temps où Pothier écrivait ces lignes, le mariage par l'union du sacrement au contrat

(1) Loi 5, de ritu nuptiarum. — (2) Pothier, n° 367.
(3) Pothier, du mariage, t. 2.

civil n'avait point le même caractère que dans notre loi moderne.

On peut dire au contraire que si le mariage était parfait même par la cérémonie de la célébration faite par procureur, alors qu'à côté du contrat civil il y avait un sacrement qui supposait la présence du contractant, et des devoirs personnels à remplir pour s'en rendre digne, il doit l'être à plus forte raison aujourd'hui : les réserves de la décrétale de Boniface VIII n'ont plus d'actualité, et les principes généraux du mandat peuvent, malgré des inconvénients exceptionnels, recevoir leur pleine application même dans le mariage par procuration, qui aux yeux de la loi n'est plus qu'un contrat purement civil, soumis aux principes généraux pour tout ce qui n'est pas spécifié par les règles qui lui sont spéciales. L'article 36 du code, d'après lequel les parties pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique, dans les cas où elles ne seront point obligées de comparaître en personne, semble autoriser à dire que, par cela même qu'aucune disposition expresse de la loi n'oblige les parties à comparaître en personne à l'acte civil du mariage, elles peuvent s'y faire représenter par un procureur.

Si l'article 75 ordonne certaines lectures de l'officier public aux parties, cette lecture n'est assurément pas une formalité essentielle de la célébration ; et en supposant la présence des parties, l'article en question ne fait que supposer le cas le plus fréquent, sans pourtant vouloir exclure l'hypothèse contraire. Cette lecture peut d'ailleurs être reçue avec moins d'émotion par le procureur fondé pour la transmettre à la partie qu'il représente. Il en est de ce cas comme des actes des notaires, dont la loi prescrit la lecture aux parties, ce qui n'empêche pas qu'elles puissent y faire présenter pour elles un procureur fondé. Enfin, si la procuration offre quelquefois des inconvénients, la nécessité de la présence personnelle des parties n'en offrirait-elle pas elle-même et de très-sérieux ? Est-ce qu'il ne serait pas bien regrettable de rendre impossible le mariage entre deux personnes que des nécessités impérieuses sépareraient l'une de l'autre par de grandes distances, surtout s'il y avait urgence, et s'il s'agissait de légitimer des enfants naturels avant la mort prochaine de leur père ou de leur mère ? Où serait d'ailleurs, si le mariage avait eu lieu par procureur, le texte en vertu duquel vous en pourriez prononcer la nullité ? n'est-ce pas enfin de cette manière que se font encore de nos jours les mariages des princes (1) ?

Cette argumentation est-elle aussi fondée qu'elle est spécieuse? nous ne le pensons point; et il nous semble au contraire que du texte même de la loi, et du caractère essentiel du mariage, il est permis de conclure que la présence des parties elles-mêmes est exigée, en ce sens du moins que l'officier de l'état civil peut et doit refuser de procéder à la célébration en présence d'un fondé de pouvoir.

Que disent les textes? L'article 36 porte : « Dans les cas où les parties intéressées ne seront pas obligées de comparaître en personne... » L'un de ces cas où la présence personnelle des parties était exigée, c'était celui du divorce. Il est vraisemblable d'ajouter que l'autre était dans la pensée du législateur, celui de la célébration du mariage; il est en effet naturel de penser que la loi qui exigeait la présence des parties pour dissoudre le mariage, a dû aussi par une raison au moins égale exiger leur présence pour le former. Cette intention résulte d'ailleurs de toutes les discussions du conseil d'état dans lesquelles le premier consul déclara, sans contradiction, que « le mariage n'a plus lieu qu'entre personnes présentes. » Enfin, les divers articles (74-75) parlent toujours et uniquement des parties, et ne supposent même pas qu'elles pourraient se faire représenter, comme ils ont pris soin de le dire dans d'autres cas moins douteux et moins importants (art. 933). Sans doute la lecture de certaines pièces n'est pas prescrite à peine de nullité; mais cette formalité témoigne de l'intention du législateur, en ce qui touche la présence des parties; car cette lecture ne signifie plus rien, et devient presque ridicule, si elle s'adresse à un mandataire. Voilà pourquoi il nous semble qu'on ne peut pas forcer l'officier de l'état civil à accepter un tel rôle, car tout ceci pourrait devenir très-étrange. D'après le système qui autorise la procuration, la future épouse pourrait être représentée par un homme ou le futur époux par une femme (1990). Voyez-vous l'officier de l'état civil célébrant le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes!

Ce n'est donc pas aller trop loin que de dire, malgré l'autorité de l'ancien droit, que le caractère essentiel de cet acte exige la présence des parties.

S'il n'en est pas ainsi, que de dangers présente la célébration par procureur pour la liberté des parties, pour cette

(1) Toullier, t. 1. — Coin Delisle, art. 36, nos 5 et 7.

liberté que la loi leur assure jusqu'au dernier moment, malgré leurs promesses antérieures ; car il n'est pas possible de se soustraire à l'application des règles sur le mandat et des articles 2008 et 2009, qui maintiennent sans distinction, au profit des tiers, les actes faits de bonne foi par le mandataire, même depuis la révocation du mandat. Donc, si le mariage pouvait avoir lieu par procureur, il pourrait arriver qu'au moment où ce procureur ferait une réponse affirmative à l'officier de l'état civil, la partie elle-même eût déjà révoqué son mandat : donc, cette partie pourrait se trouver mariée contre son consentement ! Une semblable conséquence est trop irrationnelle pour être admissible. Je suppose qu'on introduise arbitrairement aux articles 2008 et 2009 l'exception de l'ancien droit, par laquelle la procuration pour mariage ne valait qu'autant qu'elle n'avait pas été révoquée avant la célébration, au su ou à l'insu du mandataire (et comment supposer que le code, s'il admettait le mariage par procureur, n'eût pas conservé au moins un reflet de cette sage prescription); croit-on que cette exception admise porterait remède au mal ? Qui sait si la partie absente ne sera pas violentée jusqu'au dernier moment ? Qui sait si ce fondé de pouvoirs n'est pas un des complices de celui qui veut l'épouser contre son gré ? Qui vous dit enfin que si cette partie était là en présence de l'officier public, elle ne protesterait pas hautement, au lieu de consentir ? Concluons donc que si le mariage contracté par procureur peut n'être pas déclaré nul, tout au moins il ne s'ensuit pas qu'il puisse être fait régulièrement ainsi, et qu'on ait le droit d'y contraindre l'officier de l'état civil.

Lorsque les futurs époux sont en présence, devant le ministre de la loi et les témoins, le moment est venu d'accomplir les formalités mêmes de la célébration : elles sont énoncées dans l'art. 75, qui reproduit les mêmes que celles établies par la loi du 20 septembre 1792. Le code a seulement ajouté la lecture du chapitre 6 du titre du mariage sur les droits et les devoirs respectifs des époux ; prescription sage dont l'exécution est destinée à imprimer des pensées graves dans l'esprit des jeunes époux, mais qui manque trop souvent son but par l'absence de dignité dans le ministre, et de recueillement dans ceux qui l'écoutent.

Cette lecture intégrale des pièces préparatoires aussi bien que du texte de la loi, a plus d'importance qu'on ne le pense-

rait au premier abord : elle pourrait apprendre à l'une des parties des circonstances qu'elle ignorait, et la porter peut-être à refuser son consentement. En tout cas, elle leur donne à toutes les deux, et surtout à une jeune fille dont on aurait forcé les inclinations, le temps de réclamer à la face du public. Elle laisse enfin dans l'esprit des époux des souvenirs qui les porteraient à interroger la loi comme leur régulatrice, si pendant le cours du mariage il survenait entre eux quelques difficultés.

De toutes les formalités voulues par l'art. 75, deux surtout sont essentielles au contrat qu'elles constituent, ce sont :

La déclaration faite par chaque partie l'une après l'autre, à l'officier de l'état civil qui la reçoit, qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ;

Et celle de l'officier public qui, après les interrogations d'usage, prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage :

La loi du 10 juillet 1850 a prescrit d'ajouter aux interrogations déjà existantes, l'interpellation de l'officier public aux futurs époux, à l'effet de savoir s'il a été fait un contrat constatant les conditions pécuniaires de leur union.

Le prononcé de l'union par le ministre de la loi, imprime à l'engagement des époux, dans la sphère légale, le caractère d'un contrat public et indissoluble ; aussi bien, sans la manifestation verbale de la volonté des futurs époux, la société conjugale n'existe pas ; mais il ne suffit point, pour la célébration, que les futurs époux aient exprimé leur consentement réciproque. Il faut, de plus, que l'officier public les déclare unis. Le concours seul de ces deux formalités forme l'engagement civil, sans lequel le lien n'est pas formé, et par conséquent le mariage n'est pas de valeur légale.

Voilà les deux conditions substantielles que doit relater avant tout l'acte de mariage, dont la rédaction immédiate est prescrite par la loi, dans le but de prévenir toute espèce d'oubli ; cet acte devant former le titre des époux, et en général la preuve légale du mariage (art. 194, 195), il doit énoncer tous les documents qui en établissent la validité. Il importe donc qu'il constate, outre les formes mêmes de la célébration, l'identité des époux et l'accomplissement des différentes conditions de capacité requises par la loi. Tel est le but des prescriptions de l'art. 76.

Les parties ont répondu, l'une après l'autre, qu'elles consentaient à se prendre pour mari et femme : l'officier public

a prononcé au nom de la loi leur union.... Mais tout-à-coup, et avant que l'acte de mariage soit signé, voilà l'officier de l'état civil frappé d'apoplexie; ou bien, l'une des parties elle-même meurt subitement; ou enfin, elle se sauve et refuse obstinément de signer! Le mariage a-t-il été célébré? cela revient à savoir si l'acte est exigé comme condition constitutive de l'existence même du mariage, *ad solemnitatem*, ou seulement comme moyen de preuve, *ad probationem*.

Pothier répondait ainsi à cette question : « Le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé, avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage, et qu'il n'est exigé que pour la preuve. » Rien n'annonce que le législateur moderne ait entendu modifier ce principe. Les textes nous en démontrent, au contraire, la confirmation implicite, car voici ce qui en ressort : où le défaut d'une signature proviendra d'un fait indépendant de la volonté d'un des signataires, et alors elle peut être suppléée par la déclaration du motif qui a empêché la signature dont il s'agit (art. 39), sans que l'acte soit nul pour cela : dans cette hypothèse, il y aura lieu de recourir, pour compléter l'acte irrégulier, aux moyens de preuve qu'indique l'art. 46, auquel renvoie l'art. 194, tout en exigeant la représentation de l'acte du mariage, pour réclamer le titre d'époux. Ou bien le refus de signer est venu de l'une des parties; et alors il y aura lieu d'examiner si le consentement qu'elle avait d'abord exprimé était libre, ce qui constitue une question d'une autre nature; et s'il était reconnu que ce consentement était libre, le mariage n'en aurait pas moins été célébré valablement. Toutefois, malgré le caractère qu'a l'officier de l'état civil pour constater d'une manière probante tout acte qui est son œuvre personnelle, il faut pourtant reconnaître que l'acte auquel manquerait la signature de l'une des parties refusant de signer, ne ferait foi du mariage que dans la mesure où les tribunaux reconnaîtraient sa valeur probante; car si la loi (art. 39) autorise l'officier de l'état civil à suppléer par sa déclaration à la signature des parties qui ne peuvent ou ne savent signer, elle ne leur accorde point, ni à eux ni aux notaires (1), le pouvoir d'attester le consentement d'une partie qui refuse sa signature.

Toutes ces formes de la célébration sont, on peut le remar-

(1) Loi, 25 ventôse an VI, art. 14.

quer, autant d'éléments de la grande loi qu'a posée le législateur en matière de célébration du mariage, la publicité. C'est à cette idée de la publicité que se rattache toute la théorie des publications; c'est pour favoriser la notoriété de l'union que sont édictées les règles relatives au domicile matrimonial, et la compétence de l'officier de l'état civil est encore, dans son acception la plus ordinaire, un élément de publicité; enfin les formes mêmes de la célébration sont comme le suprême effort que fait la loi pour empêcher le mariage clandestin, c'est-à-dire ces unions qui, ayant honte d'elles-mêmes, redoutent la publicité et la sanction de la société et de la loi.

De tous les vices, en effet, qui peuvent affecter un mariage, la clandestinité est le plus abusif, et par conséquent le moins tolérable : il peut être une source de fraude et de désordres. L'homme marié clandestinement peut profiter de l'ignorance où est le public sur sa position pour violer tous ses engagements, pour se jouer du titre d'époux et de père, pour tromper des familles trop confiantes, pour contracter de nouveaux nœuds, livrer enfin au désespoir et à la honte une seconde épouse, si la première vient à faire valoir ses droits. « Ou il faut renoncer à toute législation sur les mariages, disaient les rédacteurs du code, ou il faut proscrire la clandestinité. » L'ancienne législation l'avait également senti; nous avons vu les efforts qu'elle fit pour les proscrire, et comment fut étendue, du droit canonique au droit civil, la prohibition que fit le concile de Trente de contracter mariage hors la présence du curé de l'une des parties et de deux témoins (1), sous peine de nullité de ce mariage.

La législation nouvelle a dû déployer la même rigueur contre les mariages clandestins, c'est-à-dire qui ne sont pas célébrés avec les solennités et la publicité prescrites. Mais, aux yeux de la loi, la clandestinité a deux degrés distincts et diversement criminels : D'une part un mariage, ou plutôt un commerce usurpant ce nom sacré, sans droit et sans pudeur, a été formé sans que la société l'ait jamais connu, sans qu'aucun officier public soit intervenu, et a été constamment enseveli dans le mystère et les ténèbres; l'union de cette sorte ne peut être aux yeux de la loi d'aucune valeur, à moins que la bonne foi y ait présidé; car quel lien peut pro-

(1) Ordonn. de mars 1697 et du 15 juin suivant.

duire une vaine promesse sur laquelle le sceau de la loi n'a pas été imprimé? Comment un simple consentement exprimé devant un homme sans caractère légal pourrait-il élever la cohabitation de deux personnes à la dignité du mariage, et honorer du titre de légitimes les malheureux fruits d'un concubinage prolongé?

C'est à ces sortes d'unions clandestines que les tribunaux doivent appliquer dans toute leur rigueur les règles de la publicité légale, et la nullité attachée à leur inobservation : aucun doute sur ce point.

D'autre part, un mariage peut avoir été contracté et célébré avec quelques-unes des conditions que la loi prescrit, et n'être pas cependant un mariage public dans le sens de la loi; c'est ici un second degré de clandestinité qui résulte de l'omission de quelqu'une des formalités concourant, soit à la publicité de fait, soit à la publicité légale, et plus ou moins grave selon l'importance de la formalité omise : nous avons à nous demander quel sera le sort d'un pareil mariage.

Les articles 161 et 195 prescrivent, comme règle fondamentale de la célébration, la publicité. M. Portalis songeait à la sanction de cette loi par ces paroles : « La plus grave des nullités est celle qui dérive de ce que le mariage n'a pas été célébré publiquement. » Toutefois, aucun article ne définit en quoi consiste soit la publicité, soit la non-publicité. C'est là, on le conçoit, un fait essentiellement complexe dont les éléments ont été déterminés par les règles établies successivement sur les publications, sur la compétence de l'officier civil, sur les formes de la célébration, mais qui a néanmoins une physionomie mobile et successive; de telle sorte qu'il est vrai de dire que la publicité morale qu'exige la loi n'est pas essentiellement liée à tel ou tel des moyens indiqués pour l'obtenir, et, à l'inverse, que la non-publicité ne résultera pas nécessairement alors de l'omission d'un ou plusieurs de ces moyens déterminés; tel mariage célébré ailleurs que dans la maison commune, avec deux témoins seulement ou une seule publication, ou même sans que le public ait été admis, pourra être en lui-même aussi public, c'est-à-dire aussi notoire que celui qui aura été célébré avec toutes les conditions voulues. Voilà pourquoi la nullité ne pouvait résulter invariablement de l'omission de l'une des formes prescrites, mais seulement de l'absence complète de publicité. C'est ce que fait entendre l'article 193 quand il édicte une simple pénalité pécuniaire pour

l'omission d'une formalité qui n'aura pas donné lieu à nullité, parce que le mariage aura eu néanmoins une notoriété jugée suffisante par les magistrats.

Si, au contraire, le juge voit dans l'omission d'une des formes essentielles une atteinte profonde à la publicité légale, il peut, en se fondant sur l'article 191, prononcer la nullité du mariage. Ainsi, en résumé, la publicité, quoique jugée substantielle par cet article, pourra cependant n'être pas jugée suffisamment atteinte pour motiver la nullité ; et il est tel cas où un mariage entaché de clandestinité partielle sera néanmoins valable. C'est à la sagesse des tribunaux qu'il appartient de trancher cette question délicate et nécessairement subordonnée aux circonstances. Heureux arbitraire qui, par une sage interprétation de la loi, adoucit la rigueur de la lettre par les tempéraments de l'équité, et qui, sévère contre la fraude, est bienveillant envers l'imprudence!

Ce pouvoir discrétionnaire des tribunaux a été proclamé lors de la rédaction des articles que nous examinons, par le tribun Boutteville, quand il disait : « S'il s'agit d'un mariage qui n'aurait pas été contracté avec la publicité voulue par la loi, le législateur semble laisser à la prudence du magistrat de peser ce que l'intérêt des mœurs et la paix des familles pourraient exiger de son ministère. »

Dans toutes les questions de nullité de mariage, c'est d'ailleurs à cette donnée fondamentale que la jurisprudence s'est constamment attachée.

Il ne faut pas confondre les mariages clandestins, dont nous venons de parler, avec les mariages secrets, c'est-à-dire ceux qui ont été célébrés selon les formes voulues, mais dont la connaissance a été concentrée avec soin dans le petit nombre de témoins nécessaires à leur célébration, et a été attentivement dérobée aux regards du public.

Ainsi, que deux familles de Strasbourg partent ensemble sous le prétexte d'aller faire un long voyage d'agrément, et qu'elles aillent se fixer dans une petite commune de Bretagne; que là, après six mois de résidence, un mariage soit célébré entre les deux familles, et qu'elles retournent ensuite à Strasbourg, où la nouvelle épouse continuera de se présenter sous son nom de fille ; il est clair que dans cette ville le public n'aura aucune connaissance de ce mariage que les deux familles veulent tenir secret. Toutefois, il ne saurait être assimilé aux mariages que nous avons appelés clandestins. Pour

les premiers de ces mariages, il n'y a pas de lien légal : pour les seconds, il y a un engagement valablement formé.

L'ancienne législation elle même faisait entre eux une distinction ; et tandis qu'elle annulait les mariages clandestins, elle laissait subsister quant au lien naturel et religieux les mariages secrets : seulement elle privait des effets civils (1) ces unions que les parties ont tenues cachées pendant leur vie, et qui à ses yeux ressentaient plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage.

Le silence de la loi de 1792 sur les mariages secrets, les fit regarder comme valables pourvu qu'ils eusent été accomplis avec les formalités qu'elle prescrivait. Les législateurs du code se sont formellement expliqués à cet égard, et ont attribué tous les effets civils aux mariages autrefois appelés secrets, en se fondant sur ce que les formes de la nouvelle loi, dès lors qu'elles sont observées, sont peu compatibles avec ce secret absolu que l'ancienne loi avait jugé digne de sa défaveur, et enfin sur ce que la liberté des mariages n'ayant plus à lutter contre la plupart des préjugés qui la gênaient, les citoyens sont sans intérêt à cacher à l'opinion un mariage qu'ils ne cherchent pas à dérober aux regards de la loi. Toutefois la validité de ces mariages n'empêcherait pas le tiers avec qui un époux aurait passé un contrat que ce mariage ignoré rendrait désavantageux, de s'opposer à la réalisation des effets pécuniaires de ce mariage ; car l'ignorance dans laquelle se trouvait le tiers est un fait imputable aux deux époux, et l'on est toujours responsable des dommages que l'on cause par sa faute (1382) (2).

Quelques coutumes de l'ancienne France ne regardaient le mariage comme réel que lorsqu'il avait été consommé par l'introduction de la femme dans le lit nuptial ; et l'on connaît cet adage suivant lequel : « Au mal coucher la femme perdait son douaire ; » mais le droit commun a constamment repoussé ces étranges distinctions, produit bizarre d'une demi-civilisation, et admis avec le droit romain la maxime plus morale : « Nuptias non concubitus, sed consensus facit. » Ainsi par le consentement, revêtu des formes que nous avons énumérées, le mariage est parfait devant la loi de l'état, et

(1) Declarat. de L., 13, 1639.

(2) Un arrêt de la Cour royale d'Agen a été rendu dans ce sens, le 8 novembre 1832.

fait porter sur ceux qui l'ont contracté les droits et les devoirs qui s'attachent à la qualité d'époux.

Mais les époux de la loi ne sont pas encore ceux de la religion : dans le silence du code sur ce complément du mariage par la célébration religieuse, les mœurs publiques sont heureusement là pour l'attester !

SECTION SECONDE.

DES MARIAGES CÉLÉBRÉS A L'ÉTRANGER (1).

« La Terre, disait Portalis, a été donnée en partage aux enfants des hommes; un citoyen peut se transporter partout, et partout il peut exercer les droits attachés à la qualité d'homme. Dans le nombre de ces droits est incontestablement la faculté de contracter mariage. Cette faculté n'est pas locale; elle ne saurait être circonscrite par le territoire, elle est pour ainsi dire universelle comme la nature, qui n'est absente nulle part; la loi ne devait donc pas refuser aux Français le droit de contracter mariage en pays étranger, ni de s'unir à une personne étrangère.

Ces vérités simples et incontestables sont la base des dispositions du code sur les mariages des Français en pays étranger. Nous aurons à examiner seulement quels sont les ministres compétents pour la célébration de ces mariages; en second lieu, nous verrons les moyens de publicité organisés pour eux ; la forme même de ces mariages étant subordonnée aux usages des lieux où ils sont célébrés, nous n'avons pas à nous en occuper.

CHAPITRE Ier.

Compétence.

L'ancienne législation, voyant dans les mariages à l'étranger une intention de frauder la loi française, défendit de se marier en pays étranger sans la permission du roi, « à peine, dit l'édit de 1685, d'être déclaré atteint et convaincu d'infidé-

(1) *Code Napoléon*, art. 47, 48, 170-171.

lité envers nous et l'Etat, et puni de confiscation de corps et de biens. » La rigueur excessive de cette ordonnance la fit tomber en désuétude; mais elle fut remplacée par l'ordonnance de 1697, qui, prescrivit pour la validité du mariage contracté à l'étranger, la présence ou tout au moins le consentement du curé de l'époux français : sans cette condition le mariage était nul, quelque part qu'il fût célébré, car l'édit était considéré comme un statut personnel qui suivait les Français en quelque lieu qu'ils habitassent. La loi de 1792, malgré son silence sur ces mariages, parut les autoriser par les principes généraux qu'elle remit en vigueur au sujet des actes régis par la loi du lieu où ils ont été passés.

Cette maxime, *Locus regit actum*, fit valider plusieurs mariages contractés à cette époque selon les formes des pays où se trouvaient les contractants. Elle servit également de base pour annuler d'autres unions pour lesquelles on avait négligé de se conformer aux usages des lieux.

C'est sous l'influence de ces idées que furent rédigés les articles 47 et 48 du code, dont le premier proclame le principe de la puissance des lois étrangères sur les actes qui sont passés sous leur empire, et le second admet une exception en faveur du Français seulement, en autorisant les agents diplomatiques ou commerciaux à remplir en leur faveur les fonctions d'officier de l'état civil. Il résulte, comme on le voit, de ces articles que les Français peuvent se marier en pays étranger soit entre eux, soit avec des étrangers, en observant seulement certaines règles dont ils posent les bases.

Toutefois la législation de ces mariages doit être complétée par les articles 170, 171, qui semblent soumettre à quatre conditions les mariages des étrangers en France, et exiger : 1° que le Français ait observé les conditions requises pour tout mariage; 2° que le mariage ait été célébré dans les formes usitées dans le pays; 3° qu'il ait été précédé des publications en France; 4° que l'acte de mariage ait été transcrit sur les registres de l'état civil, dans les trois mois après le retour du Français en France. Ce qui ressort de la combinaison des divers articles que nous venons d'analyser, c'est l'hommage rendu au principe fondamental de toutes les législations modernes : *locus regit actum;* c'est par respect pour ce principe que le code français a déclaré valables les mariages faits à l'étranger; et l'on conçoit que ce motif s'appliquait à tous les mariages, quelle que fût la qualité des deux individus qui

s'uniraient, qu'ils eussent l'un et l'autre la qualité de Français, ou que l'un d'eux fût Français et l'autre étranger. Mais quant à la compétence des officiers publics chargés de recevoir les actes de mariage ou autres à l'étranger, une distinction est à faire selon que ces actes concernent des Français entre eux, ou des Français avec des étrangers; dans ce dernier cas, la loi française ne se reconnaît pas le droit d'exercer son autorité sur des actes auxquels interviennent des étrangers dans leur propre pays; elle ne prépose donc point d'agent à la réception de pareils actes, et s'en réfère à la compétence des agents étrangers; mais pour les actes de l'état civil de Français, pour les mariages par conséquent célébrés entre Français, quoiqu'à l'étranger, la loi française se reconnaît le droit d'organiser la compétence de l'officier public qu'elle prépose à les recevoir; et ces officiers sont les agents diplomatiques et consulaires français (art 48). C'est qu'ici il n'est plus question d'étrangers, mais de Français seulement, et des actes qui les concernent seuls et qui leur sont propres. On conçoit que la loi française s'en occupe et les régisse, quoique la règle *locus regit actum* ne permette pas qu'en pareil cas cette compétence de la loi française soit exclusive de celle de la loi étrangère. En effet, la loi française, comme statut personnel, suit les Français dans tous les lieux où ils résident; elle a donc le droit d'exercer son influence protectrice ou gouvernementale sur leurs personnes et sur les actes qui tiennent à leur état personnel et social. Voilà pourquoi le principe *locus regit actum* doit se combiner ici avec la règle présente pour laisser intacts en matière d'actes de Français, l'empire des lois personnelles françaises et la juridiction des mandataires de l'autorité française. Mais, par une conséquence naturelle, la compétence de ces fonctionnaires français à l'étranger ne s'applique qu'aux mariages célébrés entre Français et s'arrête devant les mariages célébrés entre Français, et étrangers : serait donc nul un tel mariage reçu par un agent français, comme célébré par un ministre incompétent, et par des lois qui, n'ayant aucun empire sur la personne étrangère, n'ont pu former de lien entre elle et le Français.

C'est ce qu'un arrêt du 18 août 1819 (1) reconnaît en ces termes : « Attendu que si les agents diplomatiques ou les consuls ont été autorisés à recevoir les actes de l'état civil des

(1) Dalloz, t. 10, 77 et 78, n° 6.

Français en pays étrangers, conformément aux lois françaises, il résulte clairement et de l'esprit des choses et du texte de la loi, qu'il ne s'agit ici que des Français uniquement, nos lois et nos agents n'ayant de pouvoir que sur les nationaux. »

Cette opinion a rencontré des contradicteurs : M. Vazeille, se fondant sur ce qu'un mariage contracté en France entre un Français et un étranger, et reçu par nos officiers civils, est aussi valable que s'il était formé entre deux Français, s'est demandé pourquoi un ministre français ne pourrait pas de même célébrer à l'étranger un mariage entre un Français et un étranger.

M. Vazeille semble ne pas voir que ce n'est pas seulement sur la compétence de l'officier public que repose la validité d'un mariage contracté en France, entre un Français et une étrangère ; que c'est aussi sur la puissance qu'ont les lois du lieu sur les actes qui y sont passés. L'étranger qui réside en France et qui y contracte, est par cela même soumis aux lois du royaume : car si, pour le Français qui se marie à l'étranger, *locus regit actum*, il est d'une juste réciprocité que cette règle s'applique aussi aux étrangers qui se marient en France. Cette validité du mariage de l'étranger en France découle au reste du code Napoléon, dont l'article 3 veut que les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire : or, parmi les lois de police, ne faut-il pas comprendre une loi d'ordre public telle que le mariage ? Ce sont ces considérations qui firent regarder, au conseil d'Etat, comme inutile, une disposition plus spéciale sur le mariage des étrangers en France.

Ainsi donc, tandis qu'une disposition formelle autorise la célébration par le ministre français du mariage que l'étranger contracte en France avec un Français, à l'inverse, une disposition non moins formelle dénie la compétence de l'agent français pour célébrer le mariage que contracte à l'étranger un Français avec une étrangère. Cette dénégation résulte des termes restrictifs de l'article 48, qui, établissant la compétence de l'agent français à l'étranger, ne l'applique qu'aux seuls Français, les seuls sur lesquels il ait autorité. Si cet agent mariait un Français avec une étrangère, les autorités du lieu ne seraient-elles pas fondées à signaler ce fait comme l'usurpation d'un droit arbitraire, et un empiétement sur l'autorité des nationaux ?

Donc, en résumé, parallèlement au principe *locus regit actum*, qui permet au Français en pays étranger, de faire rédiger tout acte d'état civil le concernant dans les formes établies par les lois de ce pays, que cet acte lui soit commun avec un autre Français ou avec un étranger, il faut appliquer la règle de l'article 48 du code, qui lui donne aussi le droit de faire dresser l'acte par les agents français dans les formes voulues par les lois françaises, mais seulement lorsque cet acte ne concerne que des Français : dès lors, tout mariage d'un Français à l'étranger est valable, quelle que soit la personne à laquelle il s'unisse, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays; mais ce sont seulement les mariages entre Français que les agents diplomatiques ou consulaires de France peuvent célébrer dans un pays étranger; et tandis que deux Français pourraient s'y marier ensemble, soit devant les officiers publics étrangers, soit devant les agents diplomatiques français, un Français et un étranger ne pourront le faire que devant l'officier public du lieu où ils résident.

CHAPITRE II.

Publicité.

En autorisant à l'étranger les deux modes de mariage dont nous venons de parler, la loi ne devait pas négliger les formalités nécessaires pour leur publicité en France; elle devait en outre, suivant ses nationaux sur la terre étrangère, leur prescrire à eux aussi l'observation des règles importantes qu'elle avait établies sur l'état et les capacités civiles des contractants : de là les deux ordres de dispositions contenues dans les articles 170, 171 du code Napoléon.

En ce qui touche la forme même de ces mariages, nous n'avons pas à nous en occuper, puisqu'elle est subordonnée aux usages des pays où ils sont célébrés; nous arrivons donc immédiatement aux moyens de publicité que la loi a cru devoir prescrire pour ces sortes d'unions; elle consiste en deux formalités distinctes : 1° des publications en France; 2° l'obligation de transcrire dans les trois mois du retour du Français dans sa patrie, sur le registre public des mariages au lieu de son domicile, l'acte de célébration fait à l'étranger.

Ces publications en France sont fort importantes, puisqu'elles sont presque le seul moyen de publicité possible pour un mariage fait en pays étranger, et qu'elles suppléent même à la condition d'une résidence de six mois exigée pour les mariages en France, résidence inutile dans ce cas, puisqu'elle n'atteindrait pas son but, qui est de faire connaître davantage dans leur pays les contractants. Il va sans dire que des publications faites en pays étranger n'auraient pas le même résultat, puisque c'est en France et non à l'étranger qu'il s'agit de faire connaître le projet d'union. Nous ne pourrions pas d'ailleurs en exiger l'accomplissement des officiers publics étrangers. Elles doivent être faites dans tous les lieux où elles le seraient si le mariage était célébré en France : car l'article 170 renvoie implicitement aux règles des publications en France. Il est d'ailleurs évident qu'on ne saurait, sans inconséquence, donner moins de publicité au mariage célébré hors de France qu'au mariage célébré en France.

Les publications ne sont exigées que pour empêcher les Français d'aller, tout exprès et clandestinement, se marier en pays étranger ; cette crainte n'existe point à l'égard des Français qui y sont établis : certains auteurs en concluent que les publications ne sont pas nécessaires en France, les uns lorsqu'il y aura une résidence de six mois à l'étranger, les autres lorsque le Français n'a plus en France d'habitation, plusieurs lorsqu'il n'a conservé aucun domicile en France : cependant la loi est formelle. Alors même qu'il s'agit de Français établis depuis longtemps en pays étranger, elle ne semble pas pour cela dispenser des publications en France, à moins toutefois que l'absence de tout domicile connu en France en enlève les moyens d'exécution.

Mais quelle est la sanction de cet article 170 ? et le mariage contracté en pays étranger par un Français devra-t-il être annulé dans le cas où ce Francais aurait contrevenu à l'une ou à l'autre des dispositions de cet article ?

Les causes qui devraient faire annuler le mariage en France le feront *à fortiori* déclarer nul, s'il a été célébré en pays étranger : mais certaines omissions qui ne suffiraient point en France pour en motiver la nullité, telles que le défaut d'actes respectueux, ou de publications, ne deviendront-elles pas à l'étranger des causes de nullité, de telle sorte que des empêchements simplement prohibitifs dans un cas deviendraient dans l'autre des empêchements dirimants ?

Trois opinions sont en présence :

La première prononce dans tous les cas la nullité du mariage célébré en pays étranger, lorsqu'il n'a pas été précédé de publications en France, ou lorsqu'il a été contrevenu à l'une des dispositions auxquelles renvoie l'article 170. Si le texte de cet article dit que le mariage sera valable *pourvu* qu'il ait été précédé de publications, ne faut-il pas en conclure qu'il sera nul dans le cas contraire? Les publications étant le seul moyen de publicité, et leur omission ne pouvant être réprimée par une amende infligée, comme cela se peut en France, à l'officier public étranger, cette formalité fort importante se trouverait dépourvue de sanction, si elle n'était prescrite sous peine de nullité.

Que l'on ne dise pas que cette nullité n'est pas mentionnée dans la loi ; car nous y voyons la nullité du mariage pour défaut de publicité : or un mariage célébré à l'étranger sans publications en France manque absolument de publicité : donc l'article 191 est applicable à ce cas. Il faut en dire autant du défaut d'actes respectueux, dont l'article 170 a voulu prévenir la fréquente omission, en exigeant d'une manière générale l'accomplissement de toutes les formalités prescrites en France, avec cette différence que l'inobservation de celles qui n'y sont pas exigées à peine de nullité, entraîne à l'étranger ce résultat sans lequel leur accomplissement ou leur omission dépendrait entièrement du caprice des contractants et échapperait à toute répression (1).

Cette interprétation de l'article 170 paraîtrait au premier abord la seule ressource contre tant de fraudes, dont la plus fréquente est d'aller tout exprès contracter mariage en pays étranger pour éluder la loi française : comment atteindre sans cela ces mariages que des enfants de famille à peine majeurs iraient célébrer de l'autre côté de la frontière, pour éviter les publications, les actes respectueux, les oppositions et toutes ces formalités enfin qui auraient pu faire manquer leur mariage en France ?

D'un autre côté, comment admettre qu'un mariage fait à l'étranger dans ces conditions irrégulières soit toujours frappé de la même nullité, sans distinguer s'il a été contracté de bonne ou de mauvaise foi ?

Ce sont les conséquences quelquefois excessives de cette

(1) Delvincourt, t. I, p. 68.

première opinion qui ont déterminé beaucoup de bons esprits à adopter la seconde, d'après laquelle il ne faut prononcer en aucun cas la nullité du mariage célébré à l'étranger, soit pour défaut de publications, soit pour défaut d'actes respectueux. Selon cette opinion, l'article 170 déroge, du moins en ce qui concerne les publications, à la règle *locus regit actum* : quelque motivée que soit cette disposition, elle n'est cependant qu'une exception, et doit, dès-lors, être entendue d'une manière restrctive. Comment dès-lors fonder une chose aussi grave qu'une nullité sur un argument *a contrario*, qui ne peut s'induire que du silence de l'art. 170, en cas d'inaccomplissement des formalités qu'il prescrit ? Si cet article se réfère aux dispositions générales au sujet du mariage (144-164), il veut dire seulement que les dispositions concernant la capacité et l'état des personnes (art. 3), aussi bien pour le mariage que pour les autres actes, régissent les Français, même résidant en pays étranger : mais il ne prétend pas aggraver les conditions et les exigences des lois personnelles dans leur application aux Français résidant à l'étranger ; et il en serait de la sorte, si ce qui n'est pas prescrit en France sous peine de nullité, l'était en pays étranger sous cette condition. L'art. 48 prouve bien qu'il suffit alors que le mariage soit célébré conformément aux lois françaises : et par quelle cause le même mariage qui, célébré en France, serait valable, deviendrait-il nul pour avoir été célébré en pays étranger ? La faculté de se marier à l'étranger entraînera toujours certains abus inévitables ; mais une loi sage ne peut déclarer nuls de tels mariages, quand il ne s'y rencontre aucune cause de nullité véritable : elle ne peut que prescrire, comme elle l'a fait dans l'art. 170, des dispositions réglementaires, mais non pas irritantes, qui trouvent, d'ailleurs, une sanction, soit dans l'amende infligée, non à l'officier public étranger que la loi française ne peut pas atteindre, mais aux parties pour défaut de publications (art. 192), soit dans le soin que mettent les officiers publics de chaque pays à s'enquérir des conditions personnelles exigées par la loi nationale de l'étranger qui veut se marier (1).

Enfin, s'il fallait admettre la nullité des mariages faits à l'étranger pour défaut de publications en France, il y aurait lieu, en tout cas, de restreindre cette nullité aux mariages

(1) Vazeille, t. 1, n° 158. — Zachariæ, t. 3, p. 312.

célébrés devant l'officier public du pays : alors, que deviendra l'art. 170, si le mariage est contracté devant l'agent diplomatique français, et conformément aux lois françaises, en vertu de l'art. 48 ? Il est hors de doute que la prétendue nullité de l'art. 170 ne saurait s'appliquer à ce cas, puisqu'un tel mariage est censé se célébrer en France, et que dès-lors le mariage, même sans les publications préalables, serait valable. Mais comment se pourrait-il que deux situations identiques amenassent une solution si contradictoire ? n'est-ce pas là une inconséquence que peut seule prévenir la seconde interprétation ?

Voilà certainement des arguments puissants ; mais le malheur de cette seconde opinion, c'est d'être, ainsi que la première, trop absolue, et d'entraîner aussi à des applications regrettables, puisqu'elle laisse la loi désarmée contre toutes les fraudes qui se traduisent par un mariage à l'étranger, c'est-à-dire sans contrôle ni sanction. N'est-ce pas cette pensée qui a semblé préoccuper le législateur, lorsqu'il a rappelé, dans l'art. 170, les dispositions du chapitre 1 du titre du mariage, relatives au consentement des ascendants et aux actes respectueux ? et si jamais le mariage à l'étranger ne sera nul pour omission de ces formalités, il n'avait que faire de le rappeler ici. Il faut donc trouver une opinion intermédiaire entre ce double écueil d'une trop grande rigueur, qui ressort de la première opinion, et d'une trop grande faiblesse qui ressort de la seconde. C'est de là qu'est venu le troisième système, celui de la nullité ou de la validité facultative, et laissée à l'appréciation des tribunaux, selon les circonstances qui ont ou accompagné ou suivi la célébration du mariage à l'étranger.

La jurisprudence, placée en présence d'espèces dignes d'intérêt, a reconnu qu'un mariage à l'étranger, bien qu'il fût entaché d'une contravention à l'article 170, pouvait néanmoins, soit par les circonstances qui l'ont accompagné, soit par les événements qui l'ont suivi, tels que la possession d'état d'époux, le consentement des ascendants, la naissance d'enfants, avoir acquis une sorte de valeur morale à laquelle il serait fâcheux de ne pas attacher la validité légale dans l'intérêt des époux, de la famille et de la société. Mais elle a reconnu en même temps que la violation des règles sur la publicité, le consentement des ascendants, avait dans certains cas une telle gravité, qu'un mariage ainsi entaché ne devait

pas subsister aux yeux de la loi. De là la transaction entre les systèmes de la nullité absolue et de la validité absolue. Mais sur quoi l'appuyer ?

Nous avons déjà, à propos de l'article 193, émis la théorie des nullités facultatives ; mais, il faut le reconnaître, les articles qui s'occupent des nullités des mariages en France, ne peuvent être invoqués lorsqu'il s'agit de réglementer ou d'invalider les mariages à l'étranger ; c'est dans l'art. 170 tout seul qu'il faut chercher l'économie de la loi à cet égard. Eh bien, cet article 170, en se bornant à déclarer valable le mariage conforme à ses prescriptions, ne témoigne-t-il pas de la part de ses auteurs l'intention de ne se pas prononcer nécessairement sur le mariage qui n'y serait pas conforme ; de ne le déclarer nécessairement ni nul, ni valable, et de s'en remettre sur ce point à l'appréciation des magistrats ? Tirer *à priori* de la rédaction de l'article 170 une pareille induction, ce n'est assurément pas formuler une théorie trop hardie. Mais pour qu'elle ait toute la consistance désirable, il nous faut quelque chose de plus ; cherchons-lui donc quelque autre base légale plus solide ; eh bien, un raisonnement fort simple nous la fournit, c'est celui-ci : ce que le texte de l'art. 193 nous refuse, une analogie entre la situation des mariages à l'étranger et celle des mariages en France, entre cet article 193 et l'article 190, nous le donne.

Si, aux termes de l'article 193, les magistrats ont un pouvoir disrétionnaire pour apprécier le défaut de publicité de la célébration du mariage, et pour le déclarer nul suivant les cas et les faits, c'est afin d'assurer la publicité du mariage contracté en France ; or, quel autre but se propose l'art. 170 ? Point, que nous sachions.

Il prétend lui aussi, et par dessus tout, assurer en France la publicité du mariage célébré en pays étranger ; et voilà pourquoi il exige, comme pour le mariage en France, les publications : donc, si la situation est la même, si le but est le même dans les deux cas, pourquoi ne pas accorder aussi aux magistrats, dans ce cas du mariage à l'étranger, ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire qui leur appartient toutes les fois qu'il s'agit de décider une question de publicité de célébration de mariage ? L'examen des faits, voilà, dans un cas comme dans l'autre, la base rationnelle de l'appréciation qui aura pour résultat soit de déclarer nul, soit de valider le mariage entaché d'infraction à l'article 170. L'infraction d'ailleurs peut être

plus ou moins grave : ou bien il y aura eu défaut de publications, ou seulement d'actes respectueux; ou bien ces deux conditions auront été à la fois méconnues... Les circonstances du mariage seront de nature, au reste, à faire peser pour ainsi dire quel degré de valeur il peut avoir. Est-il raisonnable ou extravagant? aurait-il eu lieu en France? aurait-on osé le contracter? aurait-on tenté de lutter publiquement contre l'opinion d'un père qui le désapprouve? quel âge ont les époux? ont-ils été tout exprès en pays étranger pour échapper à un empêchement prohibitif? On conçoit que, selon ces diverses conjonctures, le défaut de publicité est plus ou moins grave et entache le mariage d'une plus ou moins grande clandestinité. Il est très-simple dès-lors que le juge apprécie ces circonstances et en fasse dépendre la solution qu'on lui demande, celle de savoir si le mariage a été suffisamment public pour que le but de la loi soit atteint. De même pour les faits postérieurs au mariage, la possession d'état des époux, le consentement des parents, la naissance des enfants, les magistrats appréciateurs de la situation tout entière, des faits nouveaux comme des faits anciens, ne les diviseront pas; et aux démandes de nullité intentées ils opposeront, en se fondant sur l'analogie de l'article 193, que le vice de clandestinité, que l'on voudrait faire ressortir de l'omission d'une formalité quelconque prescrite par l'article 170, n'existe pas en réalité! Et rien n'est à la fois plus logique et plus légitime! Car n'est-il pas vrai qu'un fait peut changer de gravité et de caractère par suite d'autres faits postérieurs qui viennent ensuite s'y ajouter?

Ajoutons en terminant que cette solution à la difficulté soulevée par l'article 170 a reçu la consécration d'arrêts très-nombreux, en même temps qu'elle est admise par les meilleurs auteurs (1).

La transcription du mariage célébré à l'étranger sur le registre public des mariages de son domicile est imposée au Français dans les trois mois de son retour. Il est juste, en effet, que le Français qui s'est marié ailleurs qu'en France vienne faire hommage à sa patrie du titre qui l'a rendu époux et père, et qu'il naturalise ce titre en le faisant inscrire dans le registre national. Cette prescription purement réglementaire est, au reste, dépourvue de sanction.

(1) Félix, des mariages contractés en pays étranger. Valette sur Proudhon.



Ainsi, le mariage doit produire en France tous ses effets civils, lors même que la transcription n'a pas été faite dans le délai fixé par l'article 171, sans distinction entre les effets qui sont le résultat de la publicité du mariage et ceux qui résultent du mariage lui-même, sauf aux tiers à prouver que en fait le défaut de transcription leur aurait causé un préjudice (1382), auquel cas il appartiendra aux tribunaux d'apprécier la mesure du dommage et la réparation qui en devra être la suite.

Il en résulte que, malgré le défaut de transcription, ce mariage fait certainement obstacle à un mariage postérieur, et que la femme a, dans tous les cas, son hypothèque légale, et enfin qu'elle pourrait opposer le défaut d'autorisation contre les engagements par elle contractés.

Rappelons, en terminant cette matière, que la loi du territoire régit en France, comme ailleurs, les contrats qui y sont passés, même entre étrangers. Il s'ensuit que si des étrangers se mariaient en France suivant les formes de leur propre pays, le mariage serait nul. En ce qui touche, au contraire, la capacité des futurs époux, elle doit être appréciée en France comme elle le serait dans leur pays, c'est-à-dire d'après la loi personnelle et nationale de chacun d'eux, en ayant soin d'exiger en outre de l'étranger la preuve qu'il est capable, d'après les lois de son pays, de se marier en pays étranger (1).

En effet, si les deux contractants sont deux étrangers, il importe à la dignité de la France que des mariages irréguliers et vicieux ne soient pas contractés par surprise sous la protection de ses lois. Si un seul des futurs est Français, il est à craindre que dans son ignorance il ne soit trompé par l'étranger, et ne contracte de bonne foi un mariage qui se trouve nul selon les lois du pays de cet étranger. Voilà pourquoi tout mariage d'un étranger en France, qui n'y réside pas depuis six mois, doit être publié dans son pays au lieu de son dernier domicile, et précédé de la justification, par un certificat des autorités de son pays, que le mariage lui est possible. En cas de difficulté dans l'accomplissement de ces mesures, un acte de notoriété peut les remplacer : en cas de contestation, les tribunaux sont appelés à statuer. Enfin, si le statut personnel des étrangers leur est applicable en France, ce n'est qu'autant qu'il n'est pas contraire à nos lois d'ordre public. Ainsi un

(1) Circ. min. du 4 mars 1831.

musulman ne pourrait pas épouser plusieurs femmes devant un officier public français.

L'examen du mariage des étrangers en France va nous amener naturellement à celui du mariage contracté par les étrangers dans leur propre pays ; mais auparavant disons quelques mots du mariage des militaires français.

Le territoire occupé par une armée française est censé français : « Là où est le drapeau de la France, a dit Napoléon, là est la France. » Il suit de là, nécessairement, que le mariage, comme les autres actes de l'état civil, ne peut avoir d'autres formes que celles que la loi française prescrit. C'est une abolition accidentelle ou plutôt c'est encore, dans un sens figuré, une application de la règle : *locus regit actum.*

Le mariage des militaires et employés à la suite des armées est célébré par un officier que la loi désigne. Les publications sont faites en France, au lieu du dernier domicile ; elles sont mises en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui seront dans un corps, et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes et pour les employés qui en font partie.

Lorsque les militaires sont sur le territoire de la France, ils restent soumis aux règles communes, et par conséquent ils ne peuvent se marier que par-devant les officiers de l'état civil des communes où ils ont résidé sans interruption pendant six mois ; ou si, toujours errants de garnison en garnison, ils n'ont point une résidence de six mois, ils doivent se marier devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses ont acquis le domicile fixé par l'article 74 du code Napoléon (1).

Néanmoins les règles exceptionnelles seraient applicables sur le territoire même de la France, si un siége ou tout autre événement de guerre produisait l'impossibilité de communiquer avec les autorités civiles (2).

(1) Avis du conseil d'état approuvé le quatrième jour complém. an XIII

(2) Inst. min. du 24 brum. an XII, art. 1.

APPENDICE.

Après avoir vu dans ses détails la forme du mariage tel que la loi française l'a organisée, il ne sera peut-être pas sans intérêt de jeter un rapide coup d'œil sur les lois des autres peuples, et de mentionner ici à titre de comparaison le caractère fondamental que toutes les législations à peu près ont jugé convenable d'attribuer à la célébration du mariage sans sortir du domaine civil et juridique. Quand on parcourt les codes étrangers sur cette matière, on est frappé de l'idée qui la domine. Presque tous les peuples voient dans l'ensemble du mariage autre chose qu'un simple contrat civil, et ils se gardent bien de l'assimiler aux conventions ordinaires. La forme religieuse leur semble tellement inhérente à la célébration légale de l'union, qu'elle absorbe souvent le côté purement civil, et que la société temporelle ne veut point d'autre garantie de l'intégrité de la célébration, sinon la cérémonie religieuse. Tout au moins la loi civile croit-elle devoir associer à son œuvre humaine la coopération du ministre spirituel. Ainsi, sans parler de l'Espagne et du Portugal, toute l'Italie, l'Autriche, la Bavière, les Etats de Bade, de Wurtemberg, de Saxe, de Hanovre, de Hesse, le Danemark, la Norvége, la Suède et la Russie imposent, au nom de la loi civile, la célébration religieuse du mariage aux époux qui s'y engagent.

Ce recours à l'élément religieux a une signification que nous ne saurions méconnaître. L'intervention divine dans le mariage semble partout la condition essentielle pour garantir à l'union qui se forme son caractère souverain d'indissolubilité, et la pratique des devoirs qui en résultent. Il faut que cette croyance soit bien puissante, puisque les peuples voisins de la France, réformant sur ce point le code qu'ils nous avaient emprunté, soit qu'ils aient gardé l'unité du culte, soit qu'ils aient admis la diversité des cultes, se sont empressés de confier aux ministres de ces divers cultes la formation du lien conjugal.

Ce n'est pas tout : dans les contrées où l'hérésie est dominante, comme en Angleterre, la forme du mariage est un acte exclusivement religieux qui se passe dans le temple, et où l'autorité civile n'intervient que pour surveiller au point de

vue de l'ordre public la sincérité de l'acte religieux, auquel elle va attacher les effets civils.

La législation du Coran est sur ce point d'accord avec les autres; après que le cadi a dressé le contrat qui règle la dot donnée par le mari à l'épouse (car celle-ci ne reçoit de ses père et mère qu'un trousseau), le mariage est bénit par le prêtre; et l'époux, pour obtenir la bénédiction du Ciel sur son union, distribue des aumônes et rend la liberté à quelques esclaves.

Dans certains pays où le caractère religieux n'absorbe pas, ce qui est toujours désirable, le côté temporel, la législation fait marcher de front sans les confondre les prescriptions civiles et les rites sacrés : ainsi dans le royaume des Deux-Siciles, d'une part le mariage ne peut être célébré légalement qu'en face de l'Église, suivant les formes prescrites par le concile de Trente; d'autre part, il doit, outre les publications faites à l'église, être précédé d'une publication affichée à la maison commune du lieu où chacun des futurs époux a son domicile; les parties présentent au maire de la commune du domicile de la future épouse, toutes les pièces requises pour la célébration, et doivent exprimer devant le magistrat, la promesse de célébrer le mariage en face de l'Eglise. — Sur l'exhibition de cet acte, le curé procède à la célébration de l'union; les qualités et les conditions requises pour sa validité sont analogues à celles que prescrit le code français, avec cette différence qu'il est énoncé dans la loi des Deux-Siciles, que ces dispositions ne se rapporteut qu'aux effets civils, que le législateur laisse intacts les devoirs imposés par la religion, et n'entend y apporter aucun changement; d'où il suit que dans tous les cas où la loi ecclésiastique établit des conditions plus rigoureuses que la loi civile, les parties, pour arriver à la bénédiction nuptiale qui seule constitue le mariage légal, sont tenues de remplir toutes les prescriptions de l'Eglise.

Après cet examen rapide des législations actuelles sur cette matière, qu'il nous soit permis de poser une simple question :

Le caractère si différent de notre forme civile du mariage est-il meilleur que celui des autres pays de l'Europe? n'est-il susceptible d'aucune amélioration? Dans une dernière partie de ce travail, nous allons répondre à cette question.

QUATRIÈME PARTIE.

LÉGISLATION.

En exposant l'état actuel de notre loi française, avons-nous tout dit sur les formes du mariage dans notre pays ? Nous ne le croyons point. En effet, des discussions récentes et passionnées semblent avoir signalé notre mariage civil comme un des points les plus vulnérables de la législation française. Nous ne pouvons, ce semble, rester étranger, dans une étude de ce genre, à ce point de vue d'appréciation si intéressant pour les jurisconsultes comme pour le philosophe : aussi bien il nous semble que pour que l'étude d'une loi soit complète, elle ne doit point se borner à se rendre compte de ce qui est, il faut qu'elle aille au fond des choses, il faut qu'elle ait le courage de se demander si cette loi atteint son but, est en harmonie avec les mœurs, satisfait l'opinion, afin de pouvoir mieux apprécier la justice ou la fausseté des contradictions dont elle est l'objet, et, selon l'une ou l'autre hypothèse, ou la venger d'attaques imméritées, ou appeler les réformes désirables.

C'est ce que nous allons tenter brièvement ; mais auparavant il est nécessaire de compléter l'énoncé des prescriptions de notre loi sur le mariage civil : or nous manquerions à ce complément, si, après avoir exposé ce que cette loi prescrit, nous laissions dans l'ombre ce qu'elle défend au sujet de la célébration du mariage.

Il faut donc ajouter aux articles du code Napoléon que nous avons examinés, les dispositions que contiennent sur cette matière l'art. 54 de la loi du 18 germinal an X, et les articles 199 et 200 du code pénal. Aux termes de ces articles, il est défendu aux ministres des divers cultes, sous peine d'une amende de 16 à 200 fr. pour la première contravention, sous peine d'emprisonnement en cas de récidive, de donner la bénédiction nuptiale aux personnes qui ne justifieraient pas de la célébration de leur mariage devant l'officier de l'état civil ; cette prohibition est un argument de plus à l'appui de cette théorie qui résulte de toute l'économie de la loi en cette matière, à savoir la perfection du lien conjugal par la seule célé-

bration civile. Mais, parallèlement à la validité du mariage, dépendant de l'accomplissement des seules formalités civiles, il faut noter l'antériorité obligatoire de la célébration civile sur la célébration religieuse, dont la loi ne s'occupe que pour en restreindre la pratique à certaines conditions de rang et de temps.

Cette part si restreinte faite par la loi civile au côté religieux du mariage, cette sorte de défiance avec laquelle elle semble même l'envisager, les situations fâcheuses qui, dans le sens des idées catholiques, en sont le résultat inévitable; la contradiction qui sur ce point est flagrante entre les idées et les mœurs d'une part, et la loi de l'autre; voilà le thème fréquent de discussions, ravivées dans ces derniers temps en France par les luttes qu'a naguère soulevées la réforme de la législation du mariage en Piémont.

Aux yeux d'éminents publicistes, à l'opinion desquels une longue pratique des affaires semble donner une incontestable autorité, une législation qui, à côté de la forme civile du mariage, ne fait aucune part à la forme religieuse, et laisse entièrement dans l'ombre l'intervention divine, au sein d'une société dont tous les cultes reconnaissent le mariage comme une institution de droit naturel et divin avant d'appartenir au droit civil, une telle législation ne peut pas être bonne, parce qu'elle se met en contradiction avec la vérité des choses et les instincts des peuples; elle est dès lors marquée au front d'une tache fatale qui fait qu'elle ne saurait subsister sans détriment pour la société tout entière.

Selon une autre opinion, les conditions nouvelles qu'ont faites les révolutions à nos idées et à nos mœurs rendent impossible à la loi civile toute manière d'envisager le mariage autrement que par son côté humain; une réforme dans le sens des idées religieuses en cette matière serait un anachronisme, et produirait un résultat funeste au lieu du bien que l'on en attend.

Notre tâche consistera à rapporter impartialement les arguments très-puissants par lesquels l'un et l'autre de ces systèmes peut se défendre, sans dissimuler les exagérations dont ni l'un ni l'autre ne nous paraissent exempts; et s'il nous est permis, après cet examen, de dire ce que nous pensons de notre législation sur le mariage, nous le ferons avec la seule pensée d'amener en cette matière la conciliation désirable et possible, à notre avis, entre les droits impres-

criptibles de la loi civile, et les exigences non moins sacrées de la conscience.

Tout le monde sait, disent les partisans d'un retour à la célébration religieuse obligatoire au point de vue civil, que l'institution légale du mariage en France a été radicalement changée par le système du code Napoléon : d'acte exclusivement religieux qu'il a été dans tous les temps et dans tous les pays, il est devenu, aux yeux de la loi française, un acte exclusivement civil. Jusqu'à la Révolution, l'Eglise seule consacrait le mariage ; le prêtre nouait et dénouait, devant la loi comme devant Dieu, ces liens fragiles, dont le faisceau n'est autre que le lien social lui-même. Aujourd'hui l'extrême opposé a prévalu : l'officier de l'état civil remplace absolument le ministre du culte ; l'Etat seul ratifie les unions conjugales, et le mariage, aux yeux de la loi, n'a réellement pas plus de caractère religieux que tout autre contrat de vente ou de louage. Mais que le législateur ait changé d'avis sur la question du mariage légal, cela ne fait pas que le mariage en lui-même ait changé de nature.

Or, antérieurement à la définition légale, il sera toujours vrai de dire que le mariage est d'institution divine et de nécessité sociale. En effet, l'union des sexes n'est pas fondée seulement sur l'instinct, ni même sur le consentement raisonnable des contractants. Sous peine d'être un désordre social, elle implique avec elle l'idée d'un lien indissoluble : et comment le contrat qui l'a produit sera-t-il revêtu de l'indissolubilité qui doit le distinguer des autres contrats, sans l'intervention divine ? Voilà pourquoi, selon la doctrine catholique, le mariage n'existe qu'autant qu'il y a sacrement, et il n'y a sacrement que lorsqu'est intervenu le consentement et l'autorité de l'Église.

Vouloir établir une distinction entre le contrat et le sacrement, c'est là une thèse issue de la prétention qu'eut l'hérésie de supprimer plusieurs sacrements de l'Église, parmi lesquels figurait le mariage. Comme on ne pouvait supprimer le mariage absolument, il fallut en faire un contrat ordinaire; mais cette distinction, si elle est possible en théorie, ne peut avoir d'existence pratique, parce que, selon la doctrine de l'Église, tout contrat tendant à former la société conjugale, est invalide et illicite, par cela seul qu'on a omis de remplir les conditions requises pour le sacrement. Il en résulte qu'aux yeux de l'Église, ce n'est pas seulement alors le sacrement qui

est nul, c'est encore le contrat qui lui sert de base, puisqu'il manque de la qualité sacramentelle qui seule peut le faire valoir comme contrat.

Une fois ce point admis, que dans le mariage il n'y a pas de contrat sans le sacrement, comme en outre il n'y a pas de sacrement sans l'intervention de l'Eglise par ses ministres, il s'ensuit que le mariage est essentiellement, de sa nature, au nombre des choses saintes; qu'il doit être réglé, quant à sa partie essentielle, par l'autorité spirituelle, sauf au pouvoir séculier à déterminer de son côté ses effets civils: qu'enfin, il n'est parfait, pour les chrétiens, qu'après la célébration religieuse.

Quelque accueil que l'on fasse, ajoutent les partisans de cette opinion, à la doctrine catholique sur le mariage, cette doctrine est un fait; or, comme tel, il n'y a pas de milieu entre ces deux partis : ou l'accepter et en tenir compte, ou le mettre de côté. Mais on ne peut pas le modifier à son gré : si on en fait abstraction, au moins il ne faut pas, comme le fait le code pénal, se souvenir après coup qu'il existe, et n'en tenir compte que lorsqu'il s'agit de le punir; au contraire, si on l'accepte, il faut l'accepter tout entier, sans le dénaturer.

Que le pouvoir civil garantisse aux citoyens les droits civils et les conditions auxquelles les qualités civiles peuvent être reconnues, c'est son droit: mais dans l'état des choses créé par la liberté moderne, il doit le faire en se conformant aux réalités préexistantes, mais non point en s'attachant à des fictions mensongères comme celles qui consistent à supposer existant un mariage qui est nul d'après la loi religieuse. Nous avons parlé de la liberté de conscience; c'est en son nom, et non pas, ainsi qu'on nous en accuse, au nom de l'oppression religieuse, que nous demandons, ajoute-t-on, l'intervention religieuse obligatoire dans le mariage. En effet, la liberté de conscience, c'est le droit qu'a tout citoyen et tout homme de satisfaire pleinement aux obligations que sa conscience lui impose, sans que les lois civiles y mettent aucun empêchement, sans qu'elles lui fassent subir pour cela aucune peine ou châtiment. C'est de plus le droit qu'il a d'être protégé par les lois contre ceux qui l'empêcheraient injustement d'agir selon sa conscience. Il s'ensuit que la liberté de conscience peut être invoquée dans l'intérêt des obligations de la conscience, et lorsqu'il s'agit de faciliter leur accomplissement et non point dans l'interêt de ceux qui n'en

reconnaissent aucune. Celui qui ne se croit pas astreint au mariage religieux, on peut le contraindre à faire ce qu'il ne se croit pas imposé, sans violenter sa liberté de conscience, puisque sa conscience ne réclame rien. La violence qu'on lui ferait à cet égard ne serait tout au plus vexatoire pour lui qu'autant que cette mesure ne serait pas nécessaire dans l'intérêt du droit d'autrui ; mais, en supposant même cette hypothèse la moins favorable, la contrainte dont nous parlons ne pourra jamais être appelée une violation de la liberté de conscience, parce que pour qu'elle ait lieu il faut contraindre un homme à faire ce qu'il regarde comme illicite, et non pas seulement ce qu'il regarde comme inutile. Ainsi, sous une législation qui a pour point de départ la liberté religieuse, créer dans la loi civile l'obligation du mariage religieux, cela peut tout au plus gêner l'antipathie religieuse, ou l'on veut encore la liberté individuelle de celui qui ne le croit pas nécessaire ; c'est seulement assurer au conjoint qui croit le mariage inexistant sans le sacrement, le libre accomplissement d'une obligation de conscience imposée à peu près par toutes les religions, qui est à ses yeux un devoir sacré et qu'il ne pourrait facilement accomplir sans la protection de la loi. Une prescription de ce genre n'est donc là qu'une déduction logique du respect que la législation civile, sous un régime comme celui de notre époque, doit avoir à cœur de professer pour la liberté de conscience entendue dans son véritable sens.

Dans un pays qui protége toutes les religions, disait M. de Malleville au conseil d'état lors de la rédaction du titre sur cette matière, la loi ne peut considérer le mariage qu'au point de vue civil et abstraction faite des croyances religieuses. La conséquence rigoureuse de cette parole, c'est qu'un pouvoir qui protége toutes les religions n'a d'autre parti à prendre que de les oublier toutes, et se mettre à faire des lois comme si ces croyances n'existaient pas : quelle différence y aura-t-il alors entre un peuple qui a des croyances diverses et celui qui n'en professe aucune? Faire abstraction de toute croyance dans la loi civile, c'est se mettre dans une contradiction inévitable avec plusieurs d'entre elles ; et alors comment est possible ce respect de la liberté de conscience qu'on dit à juste titre être le seul garant des intérêts de la conscience, dans un pays d'où a disparu l'unité religieuse ?

Une loi qui fera abstraction de toutes les religions, par

cela même qu'elle en contredit plusieurs, se trouvera forcée de se contredire elle-même, et de se modifier sans cesse ; car elle froissera de justes susceptibilités, provoquera des résistances, soulèvera d'énergiques réclamations, et verra ainsi s'affaiblir le respect à la condition duquel seulement sa durée est possible.

Ainsi, l'expérience démontre que, même sous l'empire de la liberté religieuse, les législations civiles ne peuvent impunément faire abstraction des faits religieux, mais que, dans l'intérêt même de leur autorité, elles doivent en tenir compte ; et c'est en ce sens que Portalis, répondant à M. de Malleville, disait si justement : « Lorsqu'on admet ou conserve une religion, il faut la régir d'après ses principes. »

On parle de tolérance, et l'on dit : Le mariage civil doit être toléré pour que la liberté de conscience ne soit pas un vain mot. Cette assimilation entre la liberté religieuse et la tolérance, part d'une fausse notion de l'une et de l'autre : l'une est, nous l'avons vu, le droit de conformer ses actes à sa croyance ; l'autre consiste simplement à pouvoir enfreindre une obligation religieuse sans encourir aucune peine civile. Il n'y a pas matière à liberté religieuse quand il n'y a pas d'obligation de conscience, mais seulement une prétention à s'en affranchir : il ne peut y avoir là qu'une simple tolérance civile ; et encore dans quelle limite cette tolérance elle-même est-elle possible à la loi civile ? ce n'est qu'autant que l'infraction des obligations religieuses n'entraîne pas l'infraction des droits d'autrui. La tolérance ne doit donc être admise que pour les obligations morales, qui sont personnelles et individuelles ; mais pour les obligations qui se lient à un droit étranger, qui ne peuvent s'omettre sans que les droits naturels ou religieux d'un autre soient violés, comme le mariage, le pouvoir séculier ne peut abandonner à la conscience l'accomplissement ou l'omission des devoirs qui en découlent, sous peine de laisser les droits religieux des citoyens sans garantie et la liberté religieuse sans protection. Ainsi pouvoir manquer aux obligations religieuses est un mal que l'on peut demander de la loi civile seulement à titre de tolérance ; et encore cette tolérance n'est-elle admissible qu'autant que reste intacte la liberté de conscience dont elle est fort distincte. Par conséquent l'assimilation que l'on voudrait faire de la tolérance et de la liberté religieuse pèche par sa base.

Pour rendre ceci sensible par un exemple, supposons un

mariage civil qu'un seul des époux veut faire suivre de la célébration religieuse : la loi civile laisse cet époux sans moyens de contrainte pour arriver à ce résultat. L'autre époux s'y refuse obstinément : c'est à tort que l'on prétendrait que ce droit lui appartient à titre de tolérance, et en vertu d'une faculté laissée à chacun de manquer à une obligation personnelle : il y a là plus que de la tolérance pour l'un, parce qu'il y a de l'intolérance pour l'autre, c'est-à-dire une sorte de violence morale faite à celui des époux qui veut remplir une obligation de conscience ; il y a un attentat contre les droits sacrés de la liberté religieuse. Une législation qui crée une situation semblable est-elle donc à l'abri de tout reproche ?

Faire abstraction, dans le mariage légal, de toute notion religieuse, c'est ne laisser à l'acte le plus important de la vie d'autre base que la volonté du législateur : cette volonté n'étant pas infaillible est nécessairement variable; dès lors tout ce qui en dépend exclusivement est soumis aux mêmes vicissitudes.

Que devient, avec une telle base, le caractère essentiel du mariage, l'indissolubilité ? Si nous voyons encore ce lien sacré respecté parmi nous, il faut l'attribuer non pas à la loi civile, qui est impuissante à le produire aussi bien qu'à le sanctionner; mais à la loi religieuse qui le prescrit, et qui retrouve dans les mœurs publiques une sorte de consécration que la loi civile lui conteste injustement.

On a parlé des profanations scandaleuses qui auraient lieu si le code Napoléon exigeait la réception du sacrement pour la validité du mariage. Cette profanation ne serait à craindre que dans un pays où la majorité des citoyens serait dépourvue de religion; heureusement il n'en est pas ainsi. La célébration religieuse peut se concilier avec un état de choses qui, comme le nôtre, admet en présence plusieurs religions et plusieurs cultes. La loi ne demandera à personne d'abdiquer sa propre croyance, mais au contraire de lui rendre hommage : chacun invoquera Dieu suivant sa foi, et fera bénir son mariage aux autels de son culte. Le protestant répondra à l'appel de son ministre, le juif à celui du rabbin. La loi viendra en aide au pouvoir et au précepte de tous ; elle gardera son impartialité en honorant tous les cultes ; elle n'aura rien perdu de sa majesté, car elle ne s'inclinera que devant Dieu. En supposant même le sacrement de mariage reçu sans les

dispositions nécessaires par les catholiques n'en ayant que le nom sans en avoir l'esprit, ceux-là dont saint Augustin dit : « in quibus errat nomen fidelium, » c'est là peut-être un moindre mal qu'un état de choses qui autorise la faculté de s'engager en présence d'un officier de l'état civil dans une sorte de mensonge légal, puisque, après tout, ce qu'on déclare mariage au nom de l'autorité publique, ce n'est pas aux yeux de la doctrine catholique un mariage véritable, mais seulement une cohabitation coupable.

En définitive, on n'imposerait pas, comme on l'a dit, un sacrement à ceux qui n'en veulent pas. Car une loi prescrivant le mariage religieux, par ce seul fait qu'elle serait sanctionnée de l'autorité civile, cesserait d'être une loi purement ecclésiastique pour devenir également civile.

Ce serait donc une loi civile que l'on accomplirait dans ce cas en s'assujettissant à la cérémonie religieuse du mariage! On reste libre d'ailleurs d'y apporter, ou non, les dispositions religieuses ; de telle sorte qu'il n'y a pas là cette violence faite à la liberté de pensée et de conscience qui aurait pour résultat d'imposer des sentiments religieux contre le gré du contractant. Ce qui serait imposé alors, ce serait, pour celui qui ne croit pas, une simple formalité, laquelle constitue un sacrement à l'égard des chrétiens, les seuls dont l'intérêt soit sacré dans une matière si intimement liée à la foi religieuse.

Pour nous résumer, la liberté des cultes, si chère à tous, serait-elle atteinte parce qu'on rendrait à chaque culte la part qui lui revient et qu'il exige dans la célébration du mariage?

Trois systèmes peuvent être mis en présence au sujet du mariage : ou bien le clergé est le seul ministre du mariage, et alors le caractère religieux absorbe le caractère civil ; nous ne voulons pas de cet envahissement heureusement incompatible avec les bases de nos sociétés modernes : ou bien le mariage civil absorbe le mariage religieux ; c'est là ce que nous combattons dans le principe français : ou bien il faut admettre que le mariage est un contrat civil et à la fois un sacrement religieux. Point de sacrement si le contrat civil n'a précédé ; point de contrat civil efficace si le sacrement n'a suivi. Le magistrat reçoit la promesse des époux, le prêtre leur serment. La société ne s'incline devant le lien que quand il est consacré.

C'est ce système mixte, en vigueur à Naples et en Sicile, que d'éloquents écrivains voudraient voir régir en France le

mariage. Cette réforme, selon eux, n'est pas seulement en harmonie avec les plus saines notions juridiques ; elle est appelée par l'état des mœurs, par la résistance instinctive du sentiment populaire en France contre la législation actuelle. Ce ne sont pas seulement les cultes et les législations de tous les temps et de tous les peuples qui refusent d'admettre ce caractère exclusivement civil attribué par nos lois à l'institution du mariage ; ce sont toutes les consciences, c'est même l'opinion universelle du siècle qui a vu naître cette prétention si exorbitante et si contraire aux vrais droits.

En France le nombre est petit, en effet, de ceux qui se croient mariés parce qu'ils ont comparu devant un secrétaire de mairie qui leur aura lu trois articles du Code, et un adjoint qui, après de banales interrogations, leur aura dit : « Je vous déclare unis par les liens du mariage. » C'est devant le prêtre, au pied de l'autel, dans le silence et le recueillement des consciences, au milieu des prières de la famille, c'est là que s'accomplit l'acte saint, le mystère, le sacrement, le vrai mariage en un mot. Pourquoi dès lors ne pas mettre la loi d'accord avec l'opinion? est-ce à la loi à se montrer en retard? Au lieu de se dresser comme un argument vivant, comme une menace permanente contre ces vieilles mœurs, contre ces utiles croyances qui sont le ciment de l'ordre, ou plutôt qui sont l'ordre lui-même, ne doit-elle pas au contraire s'en montrer la digne sauvegarde et l'efficace garantie? Une société qui ne reconnaîtrait pas d'autre conscience que le frein légal, d'autre Dieu que le magistrat, d'autre religion que les codes, effrayerait bien vite les admirateurs exclusifs de la puissance civile. Ceux qui veulent que le mariage puisse se passer de Dieu seraient bien fâchés que la société s'en passât, et plus fâchés encore qu'on les crût capables de s'en passer eux-mêmes. Ils comptent bien que le peuple gardera la sagesse qu'on n'a pas le courage de donner au législateur, et condamnent ainsi leur doctrine par leurs exemples et la faiblesse des lois par la fermeté des mœurs (1).

La loi est athée et doit l'être, s'écriait-on il y a trente ans, dans le fâcheux entraînement d'une discussion de parti. — Non, la loi n'est pas athée! répondait alors une des plus grandes voix qui aient illustré la tribune française ; la loi est laïque et doit l'être! Les partisans de la célébration religieuse

(1) Sauzet, du mariage civil et du mariage religieux.

obligatoire ne demandent pas, disent-ils, autre chose! Que la loi soit laïque comme tous ceux qu'elle régit; mais en même temps qu'elle soit de bonne foi avec elle-même, qu'elle tienne compte de ce qu'elle ne peut supprimer, et dès lors qu'elle ne craigne point de reconnaître au mariage ce caractère religieux que personne en France, hormis elle, n'a cessé de lui attribuer.

Nous n'avons pas cherché à dissimuler la valeur et le nombre des arguments présentés par les partisans d'une réforme législative qui ferait du mariage religieux une obligation civile; nous devons, pour être fidèle à notre rôle impartial de rapporteur, reproduire également la thèse opposée. Deux pensées fondamentales la résument: l'indépendance des pouvoirs temporels et religieux, la distinction radicale à faire, dans le mariage, entre le contrat et le sacrement.

Pour ce qui est de la loi et du caractère exclusivement civil qu'elle doit garder, pourquoi, dit-on, le mariage légal n'est-il aujourd'hui qu'un contrat purement civil? c'est que le pacte politique ayant proclamé la liberté de la conscience et du culte, les choses purement civiles sont seules du domaine de l'Etat. Pour les choses mixtes de leur nature, il ne peut les envisager que par leur côté civil, et il doit se reconnaître incompétent pour tout ce qui touche le côté religieux. La loi civile ne pouvait donc sans inconséquence subordonner la validité du mariage, en tant que contrat, à la consécration religieuse, et elle devait encore moins soumettre l'état civil des époux et des enfants à naître au seul fait de la collation du sacrement; elle eût sans cela empiété sur un domaine qui n'est pas le sien, et donné prétexte à des reproches d'envahissement, ou tout au moins à des conflits inévitables. Au reste, la doctrine du législateur moderne, consacrant la libre intervention du pouvoir temporel sur les matières mêmes qui touchent d'un côté à l'ordre spirituel, n'est pas une innovation; l'ancienne législation avait consacré la compétence de la loi civile, notamment en matière de mariage, où son influence presque exclusive était incontestée; et, en régissant librement cet acte si important de la vie des citoyens, elle ne faisait que suivre les vieilles traditions du droit romain: on se rappelle en effet que dans la période d'influence ecclésiastique des premiers siècles, le pouvoir civil avait connu exclusivement de la plupart des empêchements dirimants et des conditions intrinsèques du mariage; dans les siècles

postérieurs on verra, si l'on y prend garde, que c'est le pouvoir civil lui-même qui avait déterminé les solennités requises pour la célébration. A la vérité, le prêtre constatait le contrat et conférait le sacrement; mais la double qualité de représentant de l'Etat et de ministre de la religion, en laquelle il agissait, n'opérait pas de confusion entre deux actes distincts, elle tenait à un système où l'autorité religieuse, partie intégrante de l'autorité politique, la domina quelquefois, mais ne l'absorba jamais. Il est manifeste, par conséquent, que la part presque exclusive que l'Eglise semble avoir eue à l'ancienne forme du mariage est plus apparente que réelle.

L'innovation du code Napoléon n'est donc pas aussi fondamentale qu'on paraît le croire généralement; elle ne consiste qu'en ce fait que le clergé, jadis gardien des registres de l'état civil, demeure aujourd'hui renfermé dans le sanctuaire, et ne constate plus que l'état religieux. Et il n'est personne qui puisse regretter sur ce point l'ancien état de choses.

En ce qui touche la distinction des éléments si divers qui constituent le mariage, il faut, ajoute-t-on, se garder d'une confusion qui ne tend à rien moins qu'à faire absorber sans raison le droit humain par les doctrines religieuses, dont la mission est cependant d'embrasser un ordre d'idées plus sublime, mais très-distinct des intérêts civils.

En effet, le mariage n'est pas seulement un fait fortuit, un accouplement résultant du penchant instinctif d'un sexe pour l'autre; c'est surtout un acte réfléchi, un contrat, une société où les parties s'unissent pour la perpétuation de l'espèce, et mettent en commun les forces dont elles disposent en vue du développement de la famille qu'elles fondent (1); ce contrat, qui pourrait méconnaître ses affinités intimes avec le droit civil? Là où il y a un engagement réciproque, l'intervention de la loi n'est-elle pas nécessaire pour garantir l'exécution et la fidélité de chacun des contractants? Ici la réciprocité d'obligations que nous signalons a pour fondement, selon l'expression de Pothier, le droit mutuel que chacun des époux a sur le corps de l'autre. Peut-on imaginer un lien plus puissant? Mais dans une société d'hommes, c'est-à-dire d'êtres passionnés, que deviendrait un tel lien sans la protection de la loi civile? Il est vrai que cet engagement n'est pas seulement réciproque, il est éternel; serait-ce là

(1) Thiercelin, du mariage civil et du mariage religieux.

une raison pour qu'il échappât au droit civil? Autant vaudrait dire alors que tout ce qui prend sa source dans la loi naturelle et dans la conscience, est en dehors des lois humaines. Soyons plus justes, et sachons faire la part de chacunes, c'est-à-dire celle de la nature, celle de la loi, celle de la conscience, coexistantes dans le mariage; car nous y trouvons d'abord un double élément : 1° un acte naturel, c'est le rapprochement des sexes ; 2° un acte civil, ce sont les engagements réciproques que ce rapprochement présuppose, et que la loi doit régir. A ces deux éléments se joint un troisième résultant du sentiment que l'homme a de sa faiblesse en présence d'une telle charge et du besoin qui le pousse à chercher plus haut que lui la consécration divine : voilà l'élément religieux.

Donc, trois faits distincts : le premier n'intéresse que le physiologiste et le philosophe ; le dernier demeure dans le secret de la conscience ; le second seul offre au pouvoir civil matière à légiférer ; et cette théorie est surtout incontestable, dans un état de choses où le domaine de la loi civile, ainsi que de la loi religieuse, est distinct et séparé ; où la liberté des cultes crée, pour la loi civile, une incompétence radicale en tout ce qui touche aux intérêts purement religieux ; par l'effet de cette distinction, la loi civile se meut librement de son côté, comme la loi religieuse est libre dans son domaine : si ces deux lois se rapprochent, c'est pour se côtoyer en quelque sorte ; ce n'est jamais pour se confondre et s'absorber l'une l'autre : car alors il y aurait domination de l'une sur l'autre, c'est-à-dire, envahissement et désordre.

L'affinité intime du mariage avec la loi civile apparaît plus manifeste encore, quand on recherche les véritables fondements du contrat qui lie les époux. Malgré son objet spécial, qui est de les donner l'un à l'autre « *duo in carne una* » exclusivement, indissolublement, cette union a néanmoins une base commune avec tous les contrats qui sont sanctionnés par la loi civile : cette base, c'est l'égalité.

Dans tous les autres contrats le pouvoir civil intervient pour assurer l'égalité des contractants ; est-ce que par hasard le mariage, en tant que contrat, pourrait se passer de l'égalité des contractants? Pourquoi donc alors le pouvoir civil n'interviendrait-il pas ici comme partout ailleurs où il y a un droit à protéger, pour déterminer les conditions de sa validité, les formes probantes de son existence et les solennités qui doivent l'ac-

compagner ? Ce que l'on est autorisé à demander seulement à cette intervention, c'est qu'elle s'arrête là où finit le domaine du droit, et où commence celui de la conscience ? Que fait autre chose la loi civile ? Et qu'on ne dise pas que sans la célébration religieuse tout lien moral disparaît du mariage : comme pour tout autre contrat synallagmatique, sa moralité, sa dignité, résident dans la liberté des volontés qui le forment, dans le but qu'elles se proposent, et non dans l'intervention d'un pouvoir extérieur, impuissant à la communiquer.

Ainsi, le lien moral n'a pas besoin du sacrement pour subsister. Il résulte du contrat librement formé, lequel dès lors oblige à tous les effets que le droit engendre à sa suite, l'égalité, la réciprocité, à laquelle il faut ajouter en cette matière l'indissolubilité ; et cette indissolubilité, nous l'avons vu, loin d'écarter l'intervention du pouvoir civil dans le mariage, l'appelle encore avec plus de force que partout ailleurs, car elle est la condition indispensable de l'égalité, avec laquelle elle est ici une seule et même chose. En effet, les obligations perpétuelles du mari peuvent seules compenser le sacrifice actuel de la femme. La femme qui se donne, perd plus qu'elle ne reçoit : l'attrait mystérieux de sa pureté ne s'exerce qu'une fois. Or, sa position serait inégale, c'est-à-dire contraire au droit, dans une union à temps, ou résoluble ou partagée.

Ainsi, indépendamment de toute intervention extérieure, on peut dire que ce qui constitue la nature de l'engagement conjugal, c'est la volonté commune, c'est la liberté de ces deux volontés qui se donnent l'une à l'autre, c'est la réciprocité des devoirs qui en résultent pour chacun, et qui ne sont autre chose que cette loi de Dieu, que l'homme trouve écrite dans sa conscience, c'est l'égalité fondée sur le respect du droit d'autrui, fondement indispensable de tout contrat qui n'a point pour base l'idée du sacrifice ; c'est enfin l'indissolubilité, cette compensation salutaire que le mari doit à la femme en retour de l'étendue du don qu'elle lui fait en se donnant elle-même. Toutes ces choses sacrées ne sont-elles pas du domaine du droit ? ou plutôt ne sont-elles pas le droit lui-même, puisqu'il n'est que le corollaire du devoir ?

Dira-t-on encore maintenant que le pouvoir civil ne peut produire un lien moral, qu'il ne peut donner au contrat de mariage son caractère distinctif, l'indissolubilité ? Mais qui a jamais pu soutenir que le lien conjugal, quelque idée que l'on s'en forme, fût l'œuvre du pouvoir ? qui ne sait que le

droit civil ne crée point la morale, qu'antérieurement à ses prescriptions le droit naturel a aussi les siennes, et que sur cette base le droit civil devra éternellement s'appuyer pour se faire distinguer de la force, cette *ultima ratio* de toute autorité, qui n'a de raison d'être que son caprice heureux ? La réponse à l'objection, c'est ce qui se passe dans le mariage, c'est la nature même des choses : on dit avec raison que des époux se marient ; s'ils se marient, ce n'est donc pas une puissance humaine qui les marie, et ce serait folie que de le prétendre ; leur volonté commune, voilà la source du contrat; et l'engagement qu'ils contractent en même temps qu'il implique, pour être raisonnable et juridique, les conséquences morales que nous venons de voir, forme aussi ce lien antérieur au domaine de la loi civile, mais l'appelant nécessairement, afin que la force ne vienne pas usurper la place du droit : c'est seulement alors qu'intervient la loi. Si elle parle, c'est uniquement pour rappeler aux époux les droits qu'ils acquièrent, et les obligations qu'ils contractent. Le pouvoir public n'est là que pour prêter l'appui de la force au droit, quand il est méconnu.

La loi ne créant pas le droit, c'est-à-dire les conséquences nécessaires du mariage, le lien moral, son indissolubilité, les obligations réciproques coexistantes à la société conjugale, subsistent indépendamment de toute loi civile ou religieuse; voilà ce que nous voulions démontrer. Mais nous savons que pour l'existence complète de ce lien la notion philosophique ne suffit point. Nous reconnaissons aussi que ce n'est pas assez non plus de la valeur légale qu'il tire de la sanction du pouvoir civil ; et nous nous hâtons de proclamer la nécessité morale de l'intervention religieuse. Mais nous arrivons ici à un autre ordre d'idées ; nous touchons le domaine de la conscience, où la loi humaine n'a plus rien à voir. Son rôle doit se borner ici à empêcher que rien n'entrave la liberté qui appartient à chacun de se conformer aux obligations de sa conscience, et d'agir en conséquence. Or, quelle atteinte souffre la liberté religieuse de chacun, parce que le pouvoir aura assuré à tous les citoyens une position égale dans la sphère où il est compétent ? Cette mesure égale pour tous, c'est, dit-on, l'atteinte à la liberté de chacun ; mais la liberté religieuse doit se concilier avec toutes les autres libertés, et dès lors, comme les autres, elle est le droit limité par celui d'une puissance égale. On attaque la sécularisation

moderne de notre législation ; mais qu'est-ce autre chose que l'organisation de cette grande idée : qu'il faut souffrir tout ce que la Providence permet, et que la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes? D'ailleurs le pouvoir civil, refusant son concours à l'effet de contraindre les particuliers au mariage religieux, ne gêne en rien l'Eglise dans l'accomplissement de son devoir tel que la conscience des catholiques exige qu'il soit rempli. La meilleure preuve, c'est que le mariage civil, dans la pratique, est presque toujours suivi du mariage religieux sans froissement pour personne. Si le pouvoir civil ne s'occupe pas de ce dernier, si la loi française n'attache de conséquences légales qu'à la célébration civile, c'est qu'une loi ne peut en attacher qu'aux seuls actes qu'elle connaît, qui relèvent de son autorité, et dont les solennités sont réglées par ses prescriptions. On parle de la liberté des catholiques ; mais, du jour où une loi civile prescrirait la célébration religieuse, cette liberté ne serait plus qu'un vain mot, car ce n'est pas être libre que d'être forcé par le pouvoir à agir comme catholique. D'ailleurs, à côté du droit de ce catholique se trouve celui du dissident, droit également incontestable à faire maintenir par la seule sanction civile le lien conjugal créé par deux volontés raisonnables et libres, quoique dans la sphère purement humaine. Si donc on objecte que l'un des époux, après un mariage contracté civilement, verra, en cas de refus de son conjoint de recourir au mariage religieux, consacrer par l'autorité un état de choses que la religion nomme un concubinage, nous répondrons que cette situation, quelque fâcheuse qu'elle puisse être, c'est la volonté de celui qui s'en plaint qui y a donné lieu, puisqu'il a voulu la sanction légale dont les effets sont irrésistibles..

Cette volonté aura, il est vrai, comme conséquence prévue, si le plaignant n'avait d'abord en vue que la célébration civile, imprévue dans le cas contraire, un fait opposé aux prescriptions de l'Eglise ; mais ce n'est pas à dire pour cela que cet état de choses soit contraire à la morale universelle.

En effet, un lien de droit, produit par l'échange et l'égalité de deux volontés, ne saurait être regardé comme immoral en lui-même, malgré l'omission de la prescription religieuse à laquelle ce catholique voudrait revenir après coup : s'il ne le peut, et que la volonté contraire de l'autre époux l'oblige à

persister dans cette situation que la religion condamne, c'est assurément un mal, mais un mal inévitable, le lien de droit qui l'enchaîne ne pouvant être supprimé : serait-ce d'ailleurs un moindre mal de l'affranchir des obligations de ce lien indissoluble que sa volonté a formé? On arrive ainsi à reconnaître que, dans ce concours de deux droits si distincts, le pouvoir civil est réduit à faire abstraction des prescriptions religieuses, afin de pouvoir assurer au lien civil le respect qui lui est dû dans la mesure où il est nécessaire, afin de pouvoir en même temps laisser à la loi religieuse son indépendance dans la sphère supérieure où elle est placée. Il résulte de tout ceci que l'assimilation du mariage civil au concubinat est sans fondement; car les époux mariés légalement, c'est-à-dire avec le titre et la preuve de leurs promesses réciproques, n'ont rien de commun avec le couple qui n'a pour sanction de son engagement que le plaisir ou le caprice! Ces époux par le lien civil, quand même il existerait seul, ne peuvent être comparés à ces acheteurs de mauvaise foi qui se refusent à donner des arrhes, pour se ménager la possibilité de rompre le marché. Ils ont fait librement un serment public qui les oblige : ils ont eu cette noble confiance de se donner mutuellement des garanties contre eux-mêmes; et ainsi l'intervention du pouvoir civil, si elle ne donne pas à ce lien ainsi formé l'indissolubilité, parce qu'il n'a pas à créer ce qui existe de soi, elle lui donne tout au moins cette valeur morale et juridique suffisante pour que le mariage civil ne puisse être confondu avec ces accouplements désastreux auxquels on voudrait l'assimiler.

Maintenant est-ce à dire que dans le mariage ainsi contracté, la religion n'ait rien à faire? A Dieu ne plaise! Mais c'est là, nous l'avons dit, un ordre de choses essentiellement distinct. Le mariage catholique, étant un sacrement, relève de l'Église seule; il ne faut donc pas confondre deux puissances exerçant leur empire sur des objets différents, et il faut se garder de cette préoccupation fâcheuse qui ne permettrait pas de distinguer dans un acte les deux éléments qui le composent. Dans la doctrine de l'Eglise, il est vrai, le prêtre qui confirme le sacrement doit en même temps recevoir le contrat, parce que le sacrement doit reposer sur quelque chose, et que l'Eglise dans son indépendance ne doit foi qu'aux actes qu'elle reçoit; voilà pourquoi, aux yeux de l'Eglise, il y a mariage quand les deux choses concourent, mais il n'y a ni con-

trat ni sacrement là où l'une seulement de ces deux choses viendrait à manquer. Toutefois l'indivisibilité conventionnelle de deux actes qui paraissent unis parce qu'ils sont la condition l'un de l'autre, n'empêche pas qu'on ne puisse, à un autre point de vue, et dans une autre sphère, les tenir divisés; or, c'est ce que fait le pouvoir civil : il se contente de prendre dans cet acte complexe, le consentement mutuel des époux, appelé matière du sacrement, pour le régler et déduire dans la loi positive les effets civils qu'il produit naturellement : il y a là un ensemble divisément défini, et distinctement saisissable. Le sacrement apporte bien *aliquid remedium sanctitatis* à cet état de choses que la morale surnaturelle regarde comme constituant par lui-même une imperfection; il n'en est pas moins vrai qu'il y a un élément tout à fait distinct du sacrement, qu'on appellera du nom que l'on voudra, mais qui n'est pas le sacrement; ce quelque chose préexistant, ce sont deux volontés engagées l'une à l'autre. Qu'on ne dise pas que le contrat-sacrement étant indivisible, le pouvoir civil ne peut y toucher sans porter la main sur une chose sainte. — L'Eglise ne reçoit le contrat qu'en vue du sacrement; par réciproque, pourquoi le pouvoir civil, lui aussi, n'aurait-il pas le droit, à son point de vue spécial, d'envisager le contrat spécialement en raison des effets civils qui en découlent?

Ainsi les deux actes dans le mariage peuvent être unis comme ils peuvent être distincts. Le pouvoir humain ne fait qu'attacher des effets civils à cette même volonté réciproque qui unit les époux et qui formera la matière du sacrement; pour cela il demande qu'on la manifeste devant lui, c'est bien le moins qu'il puisse exiger. Selon l'Eglise, le sacrement à son tour n'est pas destiné seulement à bénir un mariage existant déjà par soi-même, mais il est le complément nécessaire du contrat; de telle sorte que, le sacrement manquant, le contrat n'est pas obligatoire; ainsi l'Eglise use du pouvoir qu'elle a de déterminer les conditions de validité des droits qu'elle sanctionne, mais cet usage qu'elle en fait laisse saufs les pouvoirs de l'autorité séculière qui n'a en vue que l'autre face du même acte.

Au reste, la doctrine qui distingue le contrat du sacrement, et qui regarde le sacrement comme parfait par la seule célébration religieuse, se reproduit, disent les partisans de cette opinion, dans tous les discours prononcés à l'occasion du mariage

dans le concile de Trente, aussi bien que dans les écrits des pères postérieurs à ce concile. Si le sacrement n'est pas le contrat civil, peut se concevoir séparément et ne s'identifie point en réalité avec lui, distinguer le mariage civil du mariage religieux, ce n'est après tout que se conformer à la nature des choses, et ce n'est pas dénier la qualité de sacrement au mariage religieux, ce qui seulement serait se poser en contradiction avec la doctrine théologique.

Nul d'ailleurs ne saurait contester à l'Eglise la gloire d'avoir excellemment consacré la formation du lien conjugal, et d'attacher ainsi à tous les états une grâce et par là même une espérance qui relève l'homme de sa propre faiblesse; mais, après tout, les croyances religieuses, si saintes qu'elles soient, ne s'imposent point, et c'est le mérite de notre époque d'avoir fixé les bases de notre état social sur ce grand principe qui domine les rapports entre l'Église et l'État. Tout se résume donc en ces deux lois : liberté entière pour l'Église dans l'enseignement et dans la collation des sacrements; mais en même temps liberté de conscience pour les particuliers; incompétence religieuse du pouvoir civil, qui ne peut intervenir que là où apparaît une violation du droit; en un mot, indépendance des deux pouvoirs civils et religieux. Ce que les partisans du mariage religieux obligatoire demandent d'introduire dans la loi, les catholiques le font déjà volontairement : que gagneraient-ils à le faire par contrainte ? Pour ceux-ci une loi sur le mariage religieux est tout au moins inutile; mais pour les partisans des cultes dissidents, cette contrainte, qui leur imposerait le sacrement, serait plus qu'une inutilité, ce serait une atteinte à leur liberté. La loi qu'on demande serait donc ou inutile ou tyrannique.

La tolérance civile, qui sert de base aux sociétés modernes, laisse en même temps aux religions toute liberté sans se mêler de ce qui peut leur nuire ou les servir. Ce principe peut avoir, il est vrai, au point de vue religieux, des inconvénients, entre autres la dissemblance qui se trouve dans certains cas, et en particulier sur le mariage, entre le droit humain et le droit religieux; mais ces inconvénients ne sont-ils pas compensés par le mérite laissé à la religion catholique en particulier de vivre et de vaincre par sa propre vertu ?

Les fruits qu'a produits pour l'Eglise la libre et indépendante manifestation de ses forces et de ses croyances sont là pour l'attester.

Croit-on, d'ailleurs, que l'Eglise gagnerait beaucoup à ce qu'on implantât dans la loi française le système mixte du mariage usité dans le royaume des Deux-Siciles? Dans ce pays, nous l'avons vu, la constatation du mariage par le pouvoir civil seul ne suffit point : ce n'est qu'une promesse donnant lieu seulement à des dommages-intérêts contre celui des époux qui refuse, sans motifs, de la ratifier devant l'Eglise. D'un autre côté, la solennité religieuse seule ne produit aucun effet. Il n'y a mariage qu'autant que les deux autorités ont concouru, et que le contrat a reçu la double sanction du pouvoir civil et de l'Eglise.

On a proposé d'amender ce système, de manière que chaque couple fasse consacrer son mariage par le ministre de sa religion. Ce serait, en effet, dans un pays tel que la France, où l'unité religieuse n'est plus, comme dans les Deux-Siciles, le fondement de la législation, ce serait, dit-on, le moyen de concilier ainsi l'indépendance de l'Etat avec le principe de la liberté des cultes. — Ce serait là, si l'on veut, mettre Dieu dans la loi, dont on regrette qu'il soit banni. Mais, qu'on y songe bien, le Dieu que l'on veut y mettre est un Dieu tronqué, incomplet, tel qu'il plaira à chacun de l'imaginer.

Donner à toutes les religions la satisfaction illusoire de parler de Dieu sans dire lequel, c'est tourner une difficulté par une équivoque qui ne peut satisfaire personne pour peu qu'on aille au fond des choses. D'ailleurs a-t-on bien réfléchi aux difficultés pratiques du système que l'on propose? Voyons ce qui se passera dans la réalité des faits. Quand les deux futurs, par exemple, appartiendront à deux cultes différents, faudra-t-il deux cérémonies religieuses pour la validité du mariage, ou n'en faudra-t-il qu'une seule? Si une seule devait suffire, laquelle choisirait-on? Si l'on exigeait les deux cérémonies, on forcerait donc l'époux catholique à se marier au temple protestant, quand même l'autre époux ne le demanderait point, ou l'époux protestant à se marier devant le prêtre catholique? Cet éclectisme de la loi nouvelle servirait-il les catholiques dans la mesure où on le penserait au premier abord? Il est permis d'affirmer que non; et il demeure vrai que c'est là une de ces questions très-simples dans la pratique quand on laisse à la conscience de chacun le soin de les résoudre, mais qui deviennent embarrassantes et presque ridicules quand l'Etat s'en mêle.

D'ailleurs, avec la loi que l'on propose, que devient le

principe fondamental de notre organisation politique depuis 1789, c'est-à-dire la séparation de l'ordre civil et de l'ordre religieux? Si l'Etat devait recommencer à attacher au sacrement la validité du mariage, nous verrions se renouveler cette regrettable confusion et ces luttes des siècles passés, dont personne ne peut désirer le retour. Car enfin, si le ministre du culte refusait, par des raisons quelconques, de consacrer le mariage, il n'aurait donc pas lieu ? l'acte civil serait annulé ? L'autorité religieuse serait, en dernier ressort, le juge de cette situation, et toutes les prescriptions du mariage passeraient du droit civil dans le droit ecclésiastique ? ou bien, il faudrait donc ressusciter les appels comme d'abus avec tous leurs inconvénients; et nous verrions un tribunal civil ordonner à un prêtre de procéder à la célébration, et d'administrer un sacrement ?

On a reproché souvent à la loi civile son athéisme ! mais, en vérité, l'objection finirait par avoir du vrai, si l'on voyait l'État, au lieu de s'arrêter respectueusement au seuil de toutes les religions, parce qu'elles ne sont pas de son ressort, intervenir dans tous les cultes à la fois, ordonner au catholique de se marier à l'église, au protestant de se marier au temple, au juif de se marier à la synagogue, et se constituer, non point le protecteur impartial, mais le régulateur de tous les cultes en même temps. D'ailleurs, si l'État a le droit de m'imposer le mariage religieux, pourquoi n'aurait-il pas aussi le droit de me prescrire une forme religieuse à l'exclusion des autres, de choisir le sacrement catholique de préférence à la bénédiction protestante, ou la bénédiction protestante de préférence au sacrement catholique ? Qui dit religion, dit dogmes ; qui dit dogmes, dit exclusion de dogmes contraires ou différents.

L'Etat, comme État, peut bien rester neutre, et protéger également tous les citoyens dans l'exercice légitime de leur culte ; il ne peut point, par des prescriptions plus religieuses que civiles, intervenir dans toutes les croyances, se faire juif avec les juifs, protestant avec les protestants, catholique avec les catholiques. Tôt ou tard, il choisirait, et son choix serait l'abolition de la liberté de conscience. C'en est assez pour démontrer que le régime du mariage, tel qu'il se pratique à Naples et en Sardaigne, est incompatible avec l'état des esprits, des mœurs, des opinions et des religions en France.

La conséquence de cette argumentation, ce serait donc qu'il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à rendre, dans notre loi civile, la célébration religieuse du mariage obligatoire.

Nous croyons marcher à la suite de la plupart des intelligences sages et éclairées, en partageant cette conclusion : mais est-ce à dire qu'il n'y ait rien à faire pour améliorer notre législation civile sur la forme du mariage? c'est ici que nous nous séparons de l'une et de l'autre des deux opinions extrêmes que nous venons de résumer; et qu'adoptant certains de leurs principes, et pour cela même, nous croyons rendre à la part de vérités qu'elles contiennent l'une et l'autre, un légitime hommage, en tirant de toutes deux les conclusions intermédiaires que nous allons exposer en peu de mots.

CONCLUSION.

Pour mieux juger notre législation actuelle sur cette matière, établissons d'abord les principes sur lesquels il nous semble que l'on peut concevoir la théorie du mariage en elle-même; nous verrons ensuite sur quelles données cette théorie peut s'établir dans une société comme la nôtre, où les deux puissances spirituelle et temporelle sont indépendantes l'une de l'autre : nous pourrons mieux juger alors la question de savoir si notre loi civile a été fidèle à ces données fondamentales, et ce qu'il y aurait à faire pour la régulariser, sans changer ses principes, dont son vice actuel est seulement d'avoir tiré des conséquences fâcheuses.

Tout ce que nous avons dit sur le mariage, sur sa nature morale, sur l'égalité qui doit en être la base, sur le lien juridique qu'il produit, enfin sur ses effets civils, démontre assez, à notre avis, que, dans la théorie du mariage, on peut concevoir un élément entièrement distinct de cet élément religieux dans lequel certains théologiens ont voulu comme l'absorber, se fondant sur le caractère sacramentel que lui a imprimé le fondateur divin de l'Église.

Ne serait-ce pas ici le cas de rappeler ces paroles sorties de la bouche même du Christ : « Non veni solvere, sed adim» plere legem ; » « Je ne suis point venu détruire la loi, » mais seulement la compléter. » Cette magnifique synthèse de l'œuvre divine, ne pouvons-nous pas, l'appliquant à la question qui nous occupe, dire aussi : Le mariage, depuis la venue de Jésus-Christ, n'est parfait que par l'intervention religieuse jointe à l'action des pouvoirs humains ; mais, avant que cette force sacramentelle eût été introduite dans le mariage, il existait néanmoins de droit naturel; une transformation postérieure a pu faire qu'il ne fût plus complet aux mêmes conditions que précédemment, mais elle n'a pu avoir pour résultat de le rendre inexistant par cela seul qu'il était formé seulement avec ces conditions primitivement suffisantes à sa validité. Ainsi, depuis Jésus-Christ, le mariage est devenu un sacrement religieux, nous le reconnaissons ; mais il est resté un contrat de droit naturel existant comme tel indépendamment du sacrement; nous pourrions en citer comme preuve les mariages contractés

pendant les premiers siècles de l'Eglise où la célébration religieuse n'était pas encore obligatoire, et ceux contractés dans tous les cas où il est impossible de les faire consacrer religieusement, auxquels cas l'Église les reconnaît comme parfaitement valables.

Ce n'est donc pas contredire la saine doctrine théologique, que de reconnaître dans le mariage autre chose que le sacrement; cet élément antérieur, l'Eglise, en vertu du pouvoir divin qu'elle a de réglementer la société conjugale, peut le regarder comme insuffisant si le sacrement ne s'y joint pas; mais on ne peut en même temps méconnaître son existence distincte, et dès lors il est permis au moins en théorie de le considérer isolément, et abstraction faite de l'élément religieux.

Si maintenant nous nous demandons ce qu'est le mariage selon le droit naturel, nous verrons que c'est un contrat résidant essentiellement dans le consentement; ce consentement, nous en convenons, pour former un mariage parfait doit être revêtu d'une double forme, la forme religieuse qui lui donne sa sanction morale et sa plus efficace garantie d'indissolubilité, et la forme civile qui y attache une valeur juridique. Mais enfin, théoriquement la distinction de ces éléments est possible; et elle a été jugée possible par le concile de Trente, puisqu'il a déclaré anathème à ceux qui prétendraient que les mariages clandestins étaient nuls; or les mariages clandestins étaient alors les mariages dépourvus de toute forme civile régulière et de toute forme religieuse.

La doctrine même des théologiens sur le sacrement de mariage vient à l'appui de cette opinion; en effet, cette doctrine donne au sacrement de mariage, comme à tous les autres sacrements, une matière et une forme. Cette matière, c'est la volonté des contractants, exprimée dans les termes consacrés, de se prendre pour mari et femme. Mais cette matière du sacrement doit lui être nécessairement préexistante; et si elle préexiste, qu'est-ce qui empêche de la considérer à ce point de vue d'une manière isolée? Si de plus ce consentement, élément fondamental, quoique non suffisant, du mariage est indépendant du sacrement, puisque le sacrement ne vient que s'y surajouter, ne peut-il pas être réglementé, quant à sa forme et quant à ses conséquences civiles, par le législateur humain, indépendamment de la consécration religieuse? que si le consentement matrimonial constituait un sacrement, nous serions plus embarrassés pour formuler

cette théorie, parce que l'on pourrait toujours contester à la loi humaine le droit de réglementer un sacrement de l'Eglise. Mais cette opinion théologique qui fait consister le sacrement de mariage dans le consentement, en donnant à ce sacrement pour matière le consentement, pour forme les paroles, pour ministres les contractants, est une opinion généralement repoussée par la science théologique. Nous sommes donc fondé à appuyer notre théorie sur l'opinion la plus généralement accréditée, à savoir que le sacrement consiste dans la bénédiction nuptiale, qui est elle-même la forme du sacrement, comme le consentement des parties en est la matière, et comme le prêtre en est le ministre : reste donc dans le mariage un élément nécessairement antérieur au sacrement, et que l'on peut par conséquent envisager au point de vue théorique d'une façon isolée, dont aussi une législation humaine peut s'emparer pour le réglementer, quant à ses autres effets que ses effets religieux.

Si cette doctrine est fondée *a priori*, ne l'est-elle pas encore davantage sous une législation qui a pour base la séparation des deux puissances civile et religieuse, dans laquelle par conséquent la puissance civile est incompétente pour envisager dans son entier une question mixte comme celle du mariage? Cette distinction, qui, sans exclure le complément du lien religieux, tel que le réclame la conscience des contractants, en fait abstraction dans la loi civile, est seule conciliable avec un état de choses où, comme le nôtre, diverses doctrines religieuses sont en présence sur la nature même et les conditions du mariage religieux. Nous croyons donc que notre loi actuelle, à raison des principes nouveaux sur les rapports entre l'Eglise et l'Etat, a sagement fait de se renfermer dans des prescriptions ayant seulement pour objet le côté civil du mariage ; et nous disons que cette abstraction faite par la loi civile de l'élément religieux, est seule conforme au grand principe de l'indépendance des deux puissances, indépendance que proclament au reste, en matière même de mariage, un certain nombre de théologiens qui reconnaissent à la puissance temporelle aussi bien qu'à la puissance spirituelle le droit d'opposer des empêchements dirimants au mariage.

Nous croyons enfin qu'ouvrir la porte aux prescriptions civiles sur la célébration religieuse obligatoire, ce serait donner prétexte à ces conflits déplorables que nous signalions tout à l'heure.

9

Mais à nos yeux cette indépendance des deux puissances doit avoir pour corollaire indispensable l'harmonie la plus parfaite entre l'autorité civile et l'autorité religieuse, parce que, ne relevant point l'une de l'autre, elles sont appelées néanmoins à vivre chacune à côté de l'autre, et ont dans leurs prescriptions un domaine contigu et quelquefois mixte.

Il s'ensuit que la loi civile, si elle ne s'occupe pas des questions religieuses, ne doit cependant point, dans ses prescriptions civiles, se mettre en contradiction avec la doctrine, l'autorité religieuse sur ces matières : voilà la condition indispensable de l'indépendance des deux puissances; cette condition nous la résumons par ce seul mot : l'harmonie. Or, notre législation civile sur le mariage a-t-elle réalisé l'un et l'autre de ces principes? Nous ne pouvons l'admettre : elle s'est faite, comme c'était son droit, indépendante de la législation religieuse ; mais il fallait aller plus loin, réaliser aussi cette harmonie, cette bonne intelligence des doctrines, qui n'aurait pas permis à la loi civile de se mettre en contradiction avec la loi religieuse. Et voilà ce que notre loi civile n'a pas su faire, parce qu'à l'époque où elle s'inaugurait, les conséquences du principe nouveau de la liberté de conscience, de l'indépendance des deux autorités et de la liberté des cultes, n'avaient pas encore reçu leurs délicates applications, et n'étaient pas nettement définies.

Cette lacune de notre loi civile en ces matières est donc excusable, mais elle n'en est pas moins réelle; nous allons le montrer, et, nous l'ajoutons, elle est facilement réparable.

Pour rester fidèle au double principe sur lequel elle était légitimement édifiée, notre loi civile devait non pas mentionner, mais au moins supposer le concours des deux mariages civil et religieux : la vérité demandait donc qu'elle ne fît aucune prescription au sujet de ce dernier, mais aussi qu'elle ne la traitât point comme non-existant, puisqu'il a en lui-même une existence indépendante, et surtout qu'elle n'édictât rien qui en impliquât la négation, qui en fût la contradiction, ou qui y fût une entrave, sous peine de mentir à son point de départ, et de constituer une indépendance hostile, défiante, c'est-à-dire un scandale et un despotisme.

Ainsi, point de prescription civile au sujet du sacrement; car ou l'on prescrirait la célébration catholique, et alors que devient la liberté des autres cultes? ou l'on prescrirait une

célébration religieuse quelconque, et alors c'est une fiction impossible qui ne satisferait ni les catholiques dont elle défigure le précepte, ni les autres cultes qui ne s'y reconnaissent pas davantage, ni les incroyants qui traduisent pour eux la liberté des cultes dans le sens d'un droit à n'en avoir aucun.

Mais s'il ne faut prescrire aucune célébration religieuse, par réciprocité il ne faut aussi en nier aucune, n'en rendre aucune soit impossible, soit difficile, ni enfin en détruire implicitement la notion par une organisation du mariage civil qui semble vouloir nier ou absorber implicitement cette doctrine religieuse, en attribuant à la célébration civile un caractère et des effets qu'elle n'a point par elle-même et qui sont précisément ceux de la célébration religieuse. Force est donc de reconnaître un mensonge dans la formule civile de notre loi, actuelle, qui, en proclamant les époux unis au nom de la loi, semble faire de la loi civile la cause *efficiente* de l'union conjugale, tandis que ce lien résulte seulement en réalité du contrat naturel, sanctionné par la loi civile, et consacré par le sacrement. Sans les formes et la sanction civile, ce lien, ce contrat, ce sacrement, doivent être destitués de tout effet civil, nous l'admettons sans difficulté ; mais, encore une fois, aux yeux de toute croyance religieuse et spécialement de la doctrine catholique, le lien conjugal, le mariage en un mot, existe indépendamment de la forme civile, incomplet sans doute, puisqu'il est encore privé des effets civils, mais non moins réellement existant pour cela : donc, que la forme civile n'affecte pas de croire ou de persuader qu'elle crée le lien par la vertu de son intervention, toute seule ; car cette prétention fausse et impossible trompera les ignorants, fera sourire les plus clairvoyants ; c'est là un double mal que l'on pourrait éviter tout en restant dans les termes de l'indépendance des deux puissances et de la liberté pour tous ; on le pourrait, disons-nous, par une rédaction moins absolue de la forme du mariage civil, qui alors se bornerait à reconnaître comme pourvue des effets civils, une union qu'il ne crée point, mais qu'il peut seulement enregistrer et légaliser. Le ministre de la loi, au lieu de proclamer au nom de cette loi les époux unis en mariage, se contenterait de déclarer que la loi civile reconnaît, en vertu de sa déclaration, les effets civils au mariage qu'il vient constater.

En supprimant cette première fiction qui fait à tort consister le lien conjugal dans la seule célébration civile, on arri-

verait, par une conséquence nécessaire, à faire disparaître la fiction inverse qui en est le corollaire, à savoir que le mariage est comme n'existant point, tant que n'est pas intervenue la cérémonie civile, fiction que nous venons de démontrer fausse. En effet, que le mariage soit jusque là sans valeur légale, je le veux; mais prétendre que cet acte de droit naturel par lequel les contractants se sont pris l'un l'autre pour époux, devenu un acte divin par la sanction religieuse, qui, selon toutes les croyances, doit le consacrer; prétendre, dis-je, que tout cela n'est rien aux yeux de la loi, ce n'est pas seulement une abstraction mensongère, c'est un malheur social; car sa conséquence inévitable c'est de faire dire, par une déplorable contradiction, selon qu'on se place au point de vue civil ou religieux, des mêmes personnes, qu'elles sont mariées et qu'elles ne le sont point; des mêmes enfants, qu'ils sont bâtards et qu'ils ne le sont point; de créer enfin cette contradiction des deux lois divine et humaine, ce qui aux yeux de tout homme sérieux ne peut être que la condamnation de la loi humaine, puisqu'après tout la loi divine lui est supérieure et ne doit pas se modifier au bon plaisir de celle-là.

Ainsi, pour nous résumer sur ce point, que la loi humaine ne donne l'existence légale, c'est-à-dire ne revête des effets civils, qu'une union sérieuse, un véritable mariage, rien de plus juste; que pour cela elle s'entoure de certaines précautions telles que de faire constater l'existence du mariage religieux par un agent de l'autorité civile, ainsi que cela se pratique sans inconvénient en Angleterre, rien de plus facile encore; mais en même temps que la loi, par respect pour la vérité, ou tout au moins pour la liberté de croyance des contractants, ne feigne pas la non-existence de ce qui existe pour eux, fiction qui n'a d'égale que cette autre plus dangereuse encore, le lien conjugal existant en vertu de la seule déclaration de l'officier de l'état civil.

Mais les deux lois civile et religieuse une fois rendues à leurs justes termes, et la vérité des choses étant rétablie, la prohibition de la loi actuelle, en vertu de laquelle la célébration religieuse ne peut précéder la célébration civile du mariage, n'a plus de raison d'être: les conséquences de cette prohibition, dans l'état de choses présent, sont déplorables : deux personnes ont vécu en concubinage, l'une d'elles est à l'article de la mort et ne peut se séparer de l'autre; cepen-

dant il faut pourvoir, tant aux intérêts de sa conscience qu'au sort de ses enfants ; il n'y a pas d'autre moyen qu'un mariage dit *in extremis ;* les deux parties y consentent; mais, pour qu'il puisse être contracté devant l'officier de l'état civil, il faut, en se reportant aux articles 63, 64 et 169 du code, un délai de onze jours et souvent un délai plus long. Dans cette situation, n'y aurait-il pas de la cruauté à défendre au ministre du culte de donner la bénédiction nuptiale? Aussi, tout prêtre qui connaît ses devoirs ne balancera-t-il pas un instant; il prêtera son ministère spirituel, dût-il être condamné plus tard comme coupable d'un attentat à l'ordre public.

Mais la loi civile, qui punit dans cette circonstance le ministre religieux, pour avoir rempli un devoir qui lui est commandé par la loi divine, commet certainement une injustice et une tyrannie. Cette prohibition a pu avoir, jusqu'à un certain point, sa raison d'être, lorsqu'au début de la nouvelle organisation du mariage, il importait de prémunir les ignorants contre la confusion des effets civils et religieux, encore possible à cette époque, par suite de la double qualité d'officier civil et de ministre du sacrement, qu'avait gardée le prêtre jusqu'en 1791. Mais aujourd'hui cette confusion n'est plus à redouter : il n'est, en effet, personne qui ignore que le mariage religieux ne produit et ne peut produire d'effets civils : que résulte-t-il donc de cette défense ? l'odieux pour la loi civile d'une contradiction flagrante à la loi religieuse, et son immixtion à un ordre d'idées pour lequel elle est incompétente. Pour éviter ce mal, il suffirait d'effacer les art. 199 et 200 du code pénal ; on mettrait ainsi à l'aise, la conscience de ceux qui croient que le mariage religieux doit précéder le sacrement, et qui pourraient ainsi se conformer à leur croyance, sans gêner toutefois l'opinion de ceux qui pensent le contraire, et qui garderaient à leur gré l'ordre actuel des deux célébrations : dans le premier cas seulement, il y aurait lieu de faire constater la réalité du mariage religieux antérieur, par un agent de l'autorité civile.

Une autre situation, conséquence inévitable de la liberté de conscience, est digne néanmoins de l'attention du législateur, parce qu'elle peut enfanter les plus graves inconvénients, et qu'il y a moyen de les prévenir sans atteinte aux principes qui en sont l'occasion. Aujourd'hui, les époux qui veulent subordonner l'efficacité de l'acte civil à la célé-

bration religieuse, ne peuvent le déclarer devant le magistrat ; et si plus tard l'un des époux méconnaît sa promesse et refuse d'aller à l'autel, l'autre reste à la merci d'une telle déloyauté : il subit malgré lui tout le poids d'un lien dont on ne veut pas accorder la consécration à sa croyance, et qui n'enchaîne pas moins sa liberté pour toujours ; sa conscience ne le reconnaît pas, sa volonté ne peut le rompre.

Ainsi, le législateur refuse à la bonne foi des époux toute garantie contre de telles surprises, dont le scandale est malheureusement loin d'être sans exemple. Qui pourrait dire qu'un tel principe n'est pas aussi oppressif pour la liberté des contrats que blessant pour la foi des peuples et la dignité du mariage ? On pourrait remédier à ce grave inconvénient, en prescrivant à l'officier de l'état civil, avant de procéder à la célébration civile, de demander aux futurs époux s'ils entendent faire consacrer, ou s'ils ont fait consacrer leur union devant les ministres de leurs religions respectives, et de constater dans l'acte leur réponse, sous les peines mentionnées à l'art. 193 du code pénal. Lorsque, la célébration religieuse n'ayant pas encore eu lieu, les époux répondraient affirmativement, l'obligation mutuelle de la vie commune, prescrite par l'art. 214 du code Napoléon, ne commencerait pour eux qu'après qu'il aurait été procédé à la cérémonie religieuse ; et, dans le cas de non-cohabitation antérieure, un des époux refusant de procéder à cette cérémonie, le mariage civil pourrait être déclaré nul. Si, au contraire, la cohabitation avait eu lieu déjà, le refus dont nous parlons serait de droit considéré sur la demande de l'autre époux comme une injure grave, donnant lieu à la séparation de corps.

Nous n'avons pas ici la prétention de faire un projet de loi : la nature de ce travail ne nous permet que d'effleurer en passant une des questions les plus brûlantes de notre législation : nous nous bornons à soumettre ces quelques idées qui ne nous semblent en rien contraires aux principes du droit civil, et qui laissent, d'ailleurs, sauve la liberté de conscience, puisque chacun restera toujours libre de s'expliquer et de refuser même toute célébration religieuse ; mais chaque conjoint, par ce moyen, serait averti à temps des dispositions de l'autre époux, et, dans le cas de violation d'une promesse formelle, trouverait une protection assurée dans la loi et dans la justice.

Pour résumer en deux mots les réformes que nous semble provoquer la législation française sur le mariage, nous vou-

drions qu'après la suppression des fictions légales qui, par une formule trop absolue du mariage civil, semblent faire résulter de lui seul le lien conjugal, la cérémonie religieuse pût indifféremment, au choix des parties, précéder la cérémonie civile. Dans tous les cas, nous voudrions voir l'intention des époux se manifester au moment même du contrat civil, au sujet de la consécration religieuse, et toute violation d'une promesse sur ce point amener, selon les distinctions que nous avons faites, soit la nullité du mariage, soit seulement la séparation de corps.

Entre les opinions extrêmes qui nous paraissent tourner dans un cercle vicieux, la sagesse nous a paru commander de tenir un langage avant tout modéré, et de ne demander, en fait de réformes sur notre législation du mariage, que ce qui semble être seulement possible au point de vue pratique! Nous ne nous faisons pas d'illusion sur la faible autorité de ces observations; nous serions heureux cependant si le temps et l'apaisement des passions qui poussent encore vers les solutions extrêmes, montraient un jour que ces idées sont de nature à prendre rang parmi les matériaux destinés à cette œuvre de reconstruction et d'amélioration sociale que nous entrevoyons dans l'avenir, et que nous appelons de nos vœux! Dans les termes où nous la demandons, qui pourrait s'en effrayer? aux droits de qui cette réforme pourrait-elle porter atteinte? et cependant elle suffirait, nous le croyons, pour rendre au mariage dans la loi civile cette place d'honneur qu'il y a tenue pendant tant de siècles, et qui ne permettra plus de le confondre avec les contrats les plus vulgaires : alors malgré la respectueuse réserve de cette loi humaine, nous retrouverons dans le mariage français, comme nous le constations dans presque toutes les législations de l'Europe, cette institution fondée par Dieu lui-même à l'origine du monde, que le législateur humain peut bien réglementer, mais dont il ne peut altérer les principes ni les conditions essentielles; et une fois de plus, la loi civile aura rendu un solennel hommage à cette éternelle vérité : qu'il n'y a pas de droit contre le droit.

TABLE DES MATIÈRES.

ERRATA.

Page 23, ligne 8, brevarium, — lisez : *breviarium.*
Page 31, ligne 23, parochio, — lisez : *parocho.*
Page 32, ligne 33, que ceux spécifiés, — lisez : *que celles spécifiées.*
Page 48, ligne 13, juge digne de foi, — lisez : *jugé digne de foi.*
Page 61, ligne 22, et à domicile, — lisez : *et au domicile.*
Page 64, ligne 25, par leur amende, — lisez : *par une amende.*
Page 71, ligne 18, les conditions de publicité qui ont, — lisez : *qu'ont pour but.*
Page 74, ligne 28, ce texte précis, — lisez : *le texte précis.*
Page 100, ligne 24, et l'art. 190, — lisez : *et l'article* 170.
Id., ligne 38, de célébration de, — lisez : *de célébration du.*
Page 101, ligne 28, solution à la difficulté, — lisez : *solution de la difficulté.*
Page 105, ligne 6, est bénit, — lisez : *est béni.*
Page 133, ligne 30, précéder le sacrement, — lisez : *précéder l'acte civil.*

IMPRIMERIE DE BEAU, A SAINT-GERMAIN-EN-LAYE.

LE

MARIAGE CHRÉTIEN

ET

LE CODE NAPOLÉON

PAR

LE P. CH. DANIEL

DE LA COMPAGNIE DE JÉSUS



PARIS

LIBRAIRIE DE VICTOR PALMÉ, ÉDITEUR

RUE DE GRENELLE-SAINT-GERMAIN, 25

BRUXELLES

[illegible], ÉDITEUR

rue de la Montagne

LYON

[illegible], ÉDITEUR

[illegible], 7

ROME

LIBRAIRIE DE LA PROPAGANDE

dirigée par le Chevalier Marietti

LONDRES

BURNS, OATES ET Cie, ÉDITEURS

17, Portman Street, 17

1870

LE

MARIAGE CHRÉTIEN

ET LE CODE NAPOLÉON

11271 — IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CH LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris

2nd copy 2.

LE
MARIAGE CHRÉTIEN
ET
LE CODE NAPOLÉON

PAR

LE P. CH. DANIEL

DE LA COMPAGNIE DE JÉSUS



PARIS

LIBRAIRIE DE VICTOR PALMÉ, ÉDITEUR

RUE DE GRENELLE-SAINT-GERMAIN, 25

BRUXELLES

H. GOËMAËRE, ÉDITEUR

Rue de la Montagne

LYON

P. N. JOSSERAND, ÉDITEUR

3, place Bellecour, 3

ROME

LIBRAIRIE DE LA PROPAGANDE

Dirigée par le Chevalier Marietti

LONDRES

BURNS, OATES ET Cᵉ, ÉDITEURS

17, Portman Street, 17

1870

Une préface ici serait inutile.

L'auteur s'est efforcé d'être clair et il a l'espoir d'y avoir réussi.

Il n'a pas tout dit, mais ce qu'il a dit est le fruit de longues réflexions, de sérieuses études ; il a, sur chaque point, consulté les maîtres.

Comprenant combien la moindre erreur pourrait tirer à conséquence en si délicate matière, il soumet toutes et chacune de ses assertions au jugement infaillible du Saint-Siége.

1er mai 1870.

LE

MARIAGE CHRÉTIEN

ET LE CODE NAPOLÉON

CHAPITRE I.

OCCASION DE CE LIVRE. PROJET DE RÉVISION DU CODE NAPOLÉON. UN CAS DE MARIAGE.

On nous a plus d'une fois raconté en fort bon lieu que, lorsque Maleville fit paraître, en 1807, son *Analyse raisonnée*, etc., — un premier et bien modeste commentaire du Code civil alors vierge encore, — Napoléon, qui ne s'attendait à rien de tel, ne put s'empêcher de s'écrier avec humeur : « Mon Code est perdu ! »

Il s'était imaginé, ce grand capitaine, qu'une nation est faite pour être conduite par ses chefs comme une armée bien façonnée à la manœuvre, qu'on peut enfermer le droit et la loi dans des formules d'une préci-

sion géométrique, et que désormais, grâce à lui, le juge n'aurait plus que faire de tout ce qui s'appelle jurisprudence, attendu qu'il lui suffirait de savoir son Code à peu près comme un sous-lieutenant sait sa théorie.

Comme il était loin du compte! On sait si les commentaires ont manqué à son œuvre, surtout depuis la chute de l'Empire, et maintenant voici venir les critiques, les projets de réforme. Par une singulière ironie, nous avons vu un professeur de droit, occupant une des chaires de la Faculté de Paris, soumettre un projet de révision du Code civil à cette même Académie des sciences morales que Napoléon avait supprimée, parce qu'elle n'était, disait-il, composée que d'idéologues. Les idéologues ont beau jeu pour prendre leur revanche.

M. Batbie, l'auteur du projet en question, n'est pourtant pas un réformateur bien redoutable; il est et il reste, avant tout, professeur; il ne touche aux articles qu'il voudrait corriger que d'une main aussi indulgente que respectueuse, et jamais il n'enfonce le fer jusqu'au vif. Toutefois, qu'un professeur de la Faculté de Paris convienne que le Code n'est pas dans toutes ses parties la perfection absolue, et qu'il pourrait être utile d'y introduire quelques changements, c'est déjà un fait assez remarquable, et, si j'ai bonne mémoire, cela n'arrivait guère il y a trente ans.

A Dieu ne plaise que nous poussions de gaieté de cœur à l'émancipation de la critique, particulièrement en ce qui touche l'autorité des lois : la conscience des

citoyens en pourrait être troublée, et le respect, cette chose si catholique, y trouverait mal son compte. Seulement, quand la conscience proteste déjà, quand elle ne cesse d'élever contre une législation où ses droits sont méconnus des réclamations impuissantes, quand l'Église parle, quand la plus haute autorité qui soit sur terre a prononcé en dernier ressort, alors notre devoir est clair, et nous nous félicitons qu'il soit rendu plus facile par le concours de ceux-là mêmes qui sont les interprètes officiels et les défenseurs zélés de la loi.

C'est ce qui arrive dans la question présente, l'une des plus difficiles à démêler d'après les principes du droit moderne, comme vont le prouver jusqu'à l'évidence les incertitudes et les dissentiments des légistes. La jurisprudence, après tant d'années, est toujours flottante, et, il faut le dire, elle se ressent beaucoup trop, en général, des passions du moment et des crises qui agitent le monde politique; une révolution peut la faire passer du blanc au noir, au grand détriment de la famille, dont l'existence ne devrait pas reposer sur une base si fragile. Pourquoi craindrait-on de changer des lois dont l'autorité morale est chancelante et qui se défendent mal au tribunal de la raison et de la conscience? Cela vaut pourtant la peine d'y réfléchir.

Voici en quels termes M. Batbie justifie, devant l'Académie des sciences morales, l'idée, le projet bien vague encore d'une révision du Code civil :

« Dans toute société qui progresse, les lois, même

« les mieux faites, même celles qui ont été accueillies « par d'unanimes éloges, sont, après un temps plus « ou moins long, en désaccord avec les faits moraux « et économiques. La jurisprudence s'efforce d'abord, « par une interprétation aussi large que possible, de « plier les textes aux besoins nouveaux; mais un « moment arrive, tôt ou tard, où ce procédé est im- « puissant parce que le texte résiste, qu'il est impos- « sible de le plier, même de le tourner, et qu'il faut « l'appliquer ou le briser. Ce conflit se produit sur- « tout dans les pays où la législation est codifiée, où « on n'a presque rien laissé à la coutume, où les pou- « voirs du juge sont limités par des textes précis ou « obligatoires. Partout où, comme chez nous, l'on « pratique le principe : *Optima lex quæ minimum ju- « dici*, les ressources de la jurisprudence sont vite « épuisées et les remaniements de la législation de- « viennent nécessaires après quelques années (1). »

Cette nécessité a été déjà plus d'une fois reconnue par le législateur lui-même; à diverses reprises, la législation pénale a subi des modifications; plusieurs titres du Code de procédure civile ont été simplifiés. Le Code Napoléon, au contraire, sauf quelques détails sans importance, n'a presque pas été changé. D'où lui vient cette immunité? De la nature même des droits qu'il régit, ou de la supériorité de sa rédaction? De l'une et l'autre cause peut-être. On s'est arrêté devant

(1) *Révision du Code Napoléon*, par M. Batbie, professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris. Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques.

la pensée qu'il était l'œuvre d'esprits éminents, et que d'ailleurs il portait tout entier sur un fonds déjà ancien et où le progrès n'est guère possible. Au point de vue politique et social, il mérite les éloges qu'on lui a donnés. Œuvre de transaction, il associe dans une juste mesure les dispositions anciennes et les principes du droit moderne; s'il adopte les idées marquées de l'empreinte révolutionnaire, c'est en corrigeant ce qu'elles ont d'excessif et, pour ainsi dire, sous bénéfice d'inventaire. Sa rédaction a de grandes qualités : elle est simple et claire; et si quelques négligences « trahissent par intervalles la précipitation de rédacteurs qui se pressent sous les ordres d'une volonté puissante, n'importe, ces imperfections ne doivent pas nous empêcher de reconnaître que, même dans sa forme, le Code civil est une œuvre remarquable. »

Là-dessus, le savant professeur se met à l'œuvre et il note, en motivant ses critiques, un certain nombre d'articles peu en harmonie avec les principes du droit individuel, et notamment de la propriété et de la liberté des conventions. Ce qui ressort le mieux de cet examen, c'est que notre Code n'est pas, il s'en faut bien, aussi libéral que possible, et qu'il fait en général trop bon marché des droits de l'individu et de la famille, adjugeant à l'État *la part du lion*, procédé conforme à l'esprit moderne et passablement révolutionnaire. Le contraire ne sentirait-il pas son moyen âge? « Dans presque tous les titres, dit M. Batbie, on trouve des restrictions qui enchaînent inutilement la volonté des parties. Les unes s'expliquent par d'an-

ciennes coutumes dont elles sont le reste, et les autres par cette tendance à réglementer et à prévoir qui a été, à toutes les époques, le caractère de la loi française. Nous allons passer en revue les dispositions auxquelles je viens de faire allusion; cet examen démontrera qu'elles sont assez nombreuses et assez importantes pour expliquer un remaniement du Code Napoléon dans un sens favorable à la liberté des parties qui agissent ou contractent. »

Nous ne suivrons pas M. Batbie de titre en titre et d'article en article dans cette revue où tout ne saurait être d'un égal intérêt pour le public auquel nous avons affaire. Nous ne discuterons pas, entre autres, la question de savoir si l'article 661 du Code, qui « permet à tout propriétaire joignant le mur du voisin d'exiger la mitoyenneté, à la charge seulement de payer la moitié des frais de construction et de la valeur de l'emplacement sur lequel le mur est construit; » si cet article, d'une prévoyance peut-être excessive, est, ainsi que l'affirme M. Batbie, un cas d'*expropriation pour cause d'utilité privée*. Il y a pire que cela dans le Code civil, et l'*expropriation*, hélas! porte sur bien autre chose que le mur extérieur qui protége, contre les indiscrets et les malfaiteurs, l'asile sacré de la famille! C'est sur le titre important du Mariage que nous voulons appeler l'attention du lecteur; nous rencontrons là des questions brûlantes et qui ne sont pas près d'être résolues; notre conviction est, néanmoins, que le moment est venu d'un examen courageux, loyal, approfondi. La manière dont M. Batbie a traité ce point

délicat, les discussions mêmes qu'il a soulevées autour de lui, les contradictions qu'il a essuyées en proposant des réformes manifestement insuffisantes, en sont, à nos yeux, la meilleure preuve.

Il y a trente ans, disions-nous, c'eût été grand scandale dans l'école de voir un professeur non-seulement critiquer quelques articles isolés, mais déclarer nécessaire ou tout au moins souhaitable un remaniement général du Code. Puisque cela a pu se faire, et que la Faculté en corps n'a pas protesté contre la témérité d'un de ses membres, c'est qu'il n'est pas seul de son avis et que plus d'un bon esprit, même parmi les légistes, admet enfin la possibilité de modifier nos lois, et cela, nous le verrons, dans un sens favorable aux droits imprescriptibles de la conscience catholique. C'est un progrès, nous le constatons avec bonheur, non sans espoir qu'on ne s'en tiendra pas là. Une fois le principe reconnu, le reste viendra tôt ou tard ; et qui sait si le concile œcuménique, en fournissant l'occasion de régler sur un nouveau pied les rapports des deux puissances, n'entraînera pas aussi la conviction du législateur, déjà préparé par le travail de l'opinion et de la jurisprudence à tenir grand compte du vœu des catholiques? Notre devoir à tous, c'est donc de mettre la vérité dans le plus grand jour, en ne dissimulant aucune des imperfections de la loi. Grâce à Dieu, les légistes ont pris les devants; nous n'aurons la plupart du temps qu'à recueillir leurs aveux. Leurs dissentiments eux-mêmes déposeront en faveur de notre cause; on pourra s'en convaincre, ils sont nom-

breux autant que graves. Écoutons d'abord M. Batbie :

« L'attribution des actes de l'état civil au maire a « été un grand progrès pour la liberté de conscience. « Je crois cependant que la séparation de la religion « et du civil a été faite d'une manière excessive, et « que les législateurs ont cédé à une réaction extrême « contre la puissance du clergé. Que demande la li- « berté de conscience ? Que la célébration devant le « maire soit suffisante ; que l'athée, s'il en existe, « puisse se marier ; que la loi enfin n'exige aucun acte « qui soit contraire à la pensée intime des futurs. « Mais la même liberté de conscience demande aussi « que si un époux civilement marié ne veut pas, au « mépris d'une promesse formelle ou tacite, ajouter « la célébration religieuse à la célébration civile, il ne « puisse pas contraindre à la cohabitation l'autre fu- « tur époux, qui voit un concubinage dans toute rela- « tion sexuelle non consacrée par la religion. Celui qui « a promis d'aller à l'église, au temple ou à la syna- « gogue, et qui, au sortir de la mairie, refuse de tenir « sa promesse, ne mérite pas la protection de la loi, « et j'ajoute qu'il y a oppression dans une disposition « qui fait violence au conjoint trompé, dont les con- « victions religieuses s'opposent à la cohabitation. Je « sais bien que ce fait se produira rarement, et que » presque toujours les époux tiendront leurs engage- « ments ; mais l'oppression n'est que plus cruelle lors- « que l'opprimé est seul, *pessima servitus unius*. En- « core une fois, les moyennes ne font pas qu'une loi

« soit juste dans les cas particuliers, et lorsque la « prohibition n'est pas demandée par l'intérêt général, « il est digne d'un législateur éclairé d'assurer la li- « berté des parties même dans les cas les plus rares. « Je voudrais donc que, devant l'officier de l'état civil, « les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer « leur mariage religieusement ou non. Si non, le ma- « riage civile serait définitif; si oui, la loi ne recon- « naîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la « célébration religieuse. Ainsi se concilierait le droit « individuel avec l'intérêt général, et satisfaction serait « donnée à la liberté de conscience d'une manière « pleine. Ainsi disparaîtrait une oppression qui ne « sera, j'en conviens, que fort rare, mais qui est pos- « sible, et qui serait assurément cruelle pour ceux « qui auraient le malheur de se trouver dans l'ex- « ception. »

Ce langage est plein de bonnes intentions et témoigne du plus louable respect pour les droits et la liberté de la conscience catholique; car c'est elle évidemment qu'on a eu principalement en vue, bien qu'on ait aussi songé aux protestants et aux juifs. Quoique l'on n'embrasse pas ici le mal dans toute son étendue, un remède pour le cas particulier dont il s'agit ne serait certes pas à dédaigner, et nous allons tout d'abord concentrer notre attention sur les diverses solutions, sur les expédients peut-être, auxquels on a eu recours pour adoucir, en ce qui concerne l'époux catholique, les rigueurs de la loi. Le fait est-il aussi rare qu'on le suppose? Je ne le crois pas. M. Batbie lui-même en fait

la remarque, il n'en faut pas juger par la statistique des tribunaux, qui ne nous apprend pas tout. On ne s'adresse à la justice qu'à la dernière extrémité et avec l'espoir plus ou moins fondé d'obtenir gain de cause. Quand, pour éviter un éclat inutile, le conjoint trompé finit par étouffer le cri de sa conscience et par céder à la menace, aux mauvais traitements, le mal est grand alors, mais les tribunaux n'en savent rien, et il n'en reste dans nos greffes aucune trace. Cette oppression soi-disant légale fût-elle d'une extrême rareté, nous n'en aurions pas moins horreur de la loi qui pourrait y prêter main-forte, et nous redirions de grand cœur avec M. Batbie cette noble parole : *pessima servitus unius*. Une seule conséquence immorale et odieuse juge la loi tout entière et dénonce le vice dont elle est atteinte. Mais est-il donc vrai que la victime d'une pareille déception ne trouve dans la loi aucun appui et soit obligée, pour lui obéir, de consentir à une cohabitation criminelle?

M. A. Duverger ne le pense pas. Cet honorable professeur oppose à son collègue la contradiction la plus formelle, et il soutient que la loi offre une protection suffisante à la conscience religieuse, le conjoint trompé, si c'est une femme (et c'est le cas ordinaire), pouvant toujours invoquer les articles 213 et 214 du Code Napoléon, ou bien, en cas de violence, réclamer la séparation de corps *pour injure grave*. Cette doctrine est enseignée par un jurisconsulte éminent, M. Demolombe, et elle est de plus consacrée par un arrêt de la cour d'Angers. Mais M. Batbie n'y veut pas souscrire;

il prétend qu'interpréter ainsi la loi, c'est un vrai « tour de force », et que les mots dont on fait un pareil abus perdent leur sens naturel. De là, entre les deux professeurs de la Faculté de Paris, une polémique assez vive, mais toujours courtoise, qui n'a eu encore, si je ne me trompe, qu'un écho bien faible et assez confus dans la presse religieuse.

Là pourtant s'est produite, à l'occasion de ce débat, une troisième opinion, point nouvelle, mais assez différente de celles qui précèdent, assez caractérisée surtout, et même, disons-le, assez hardie pour ne point passer inaperçue. C'est celle de M. Marcadé, un jurisconsulte de quelque valeur, vigoureux logicien, à ce qu'on assure, très-ferme sur les principes et très-arrêté dans ses convictions. Voici comment s'exprime à ce sujet un de nos grands journaux catholiques : « La séparation (invoquée par MM. Duverger et Demolombe) n'est qu'une demi-justice, ce n'est que la liberté de la solitude; elle ne rend pas à la femme le droit de disposer d'elle-même, et la laisse rivée à un mariage fictif. Marcadé professe péremptoirement la doctrine que la femme dont le mari décline absolument le mariage sacramentel peut ne point se borner à demander la séparation de corps, et qu'elle a le droit de réclamer et d'obtenir l'annulation du mariage civil. Marcadé est l'homme des solutions franches et tranchées, le jurisconsulte hors ligne par la puissance de la dialectique autant que par la droiture et la vigueur de conscience. Il n'est certainement pas sans intérêt et sans opportunité de vulgariser sa doctrine sur la question

qui nous occupe (1). » Et là-dessus le journaliste expose avec une complaisance approbative la doctrine de M. Marcadé.

Nous l'exposerons aussi à notre tour, et même c'est par là que nous allons commencer. De la discussion de tant d'opinions contradictoires il rejaillira, sur toute cette question du mariage, une vive lumière à l'aide de laquelle on pénétrera mieux l'esprit de notre législation moderne, si différente de l'ancien droit français et catholique. Nous ne nous en tiendrons pas là; nous ferons connaître, sans l'affaiblir en rien, la pure et invariable doctrine de l'Église. Ceux qui voudront bien nous suivre dans cette étude verront de combien il s'en faut que notre Code, rédigé au lendemain du Concordat, mais sous l'empire des passions révolutionnaires encore mal éteintes, donne satisfaction aux besoins et aux scrupules de la conscience catholique, et ils jugeront si l'on peut se contenter des solutions proposées soit par MM. Duverger et Demolombe, soit par M. Marcadé et par plusieurs autres, ennemis comme lui des demi-mesures et des compromis.

(1) Voir *l'Univers* du 29 septembre 1868, article de M. Ph. Serret.

CHAPITRE II.

OPINION DE MARCADÉ SUR LE POINT EN LITIGE.

Marcadé mérite aux meilleurs titres quelques-uns des éloges qu'on lui décernait tout à l'heure, car il est impossible de lire seulement dix pages de lui sans reconnaître aussitôt, rien qu'à la couleur de son style, « l'homme des solutions franches et tranchées ». Témoin ce passage de sa préface : « Toute médaille a son revers; plus l'homme enrichit sa mémoire, plus il court risque de voir diminuer les forces de son jugement, et trop de science abêtit parfois, selon la rude expression de Pascal.... Ils étaient savants, ils étaient hommes de mérite assurément, ces Portalis, ces Maleville, ces Tronchet, ces Berlier, tous ces jurisconsultes consommés qui discutaient notre Code civil au sein du Conseil d'État; et pourtant, on voyait là un jeune homme de trente ans leur reprocher de manquer parfois des idées les plus simples, et se donner beaucoup de mal pour leur faire comprendre, par exemple, qu'il ne peut pas être question de casser un mariage qui se trouve légalement ne pas exister. Ces hommes vraiment supérieurs en étaient pourtant venus, malgré tout

leur mérite, à ne pas comprendre qu'on ne peut pas anéantir le néant, détruire ce qui n'est pas, démolir l'édifice qui n'est pas encore construit! Tant est grande l'influence des idées reçues, des préjugés de tout genre, de ces principes de pure convention auxquels l'esprit semble tenir d'autant plus qu'il a eu plus de peine à se les approprier; tant est funeste le respect exagéré de l'autorité; tant il est vrai que la science peut abêtir.... C'est peut-être uniquement pour avoir été moins savant que nos devanciers que nous avons plus facilement évité l'écueil (1). »

Vous l'entendez : c'est une sorte d'initiateur, un homme à découvertes, qui a mieux lu et mieux vu que ses devanciers; on l'écoute et on le suit, du moins il l'affirme; il se vante à plusieurs reprises d'avoir rallié à son sentiment le respectable et savant doyen de la Faculté de Caen, M. Demolombe. C'est possible, nous verrons toutefois dans quelle mesure. Le dirai-je? Marcadé m'a tout l'air d'un homme qui s'exagère son importance, et, de prime abord, je l'ai cru Gascon.

En revanche, il fait trop bon marché de la tradition, qu'il appelle dédaigneusement « la routine ». Certes, je ne suis pas l'admirateur passionné des jurisconsultes qui prirent part à la rédaction du Code civil; j'estime qu'il leur manquait à presque tous l'élévation des vues, plus encore du caractère; mais je ne voudrais pas faire litière de ce qu'ils savaient en fait de jurisprudence et de droit. Qu'on y songe, c'est le la-

(1) *Éléments du droit civil français*, préface, p. XI, XII.

beur des siècles, dont ils étaient les dépositaires ; droit romain, droit canonique, ancien droit français écrit et coutumier, tout cela leur composait un trésor de connaissances juridiques, de principes surtout, de principes non pas improvisés pour les besoins de la cause, mais éprouvés par une longue expérience, passés au crible de la discussion, définis, contrôlés par une foule de judicieux et fermes esprits, théologiens, canonistes, magistrats de tous les pays et juristes de toutes les écoles. S'appelât-on Napoléon, je ne vois pas trop ce qu'on gagne à ignorer ces choses et à n'en tenir nul compte, dès qu'on se mêle de législation. On se rappelle ce mot aussi sensé qu'original : « Je connais quelqu'un qui a plus d'esprit que Voltaire. — Eh ! qui donc, s'il vous plaît ? — Tout le monde. » Eh bien ! Napoléon lui-même, si supérieur à Voltaire, n'a pas à lui seul autant d'esprit que ce terrible « tout le monde ».

Mais venons au fait. Comment M. Marcadé arrivera-t-*il* à prononcer la nullité du mariage lorsque l'un des conjoints refuse, au sortir de la mairie, de procéder à la célébration religieuse que l'autre réclame et sur laquelle il avait droit de compter ?

Par une théorie assez neuve, tout à fait inconnue à l'ancien droit, mais qui tend de jour en jour à s'accréditer, appuyée qu'elle est par des arguments dont les plus plausibles sont empruntés aux discussions du Conseil d'État et aux autres travaux préparatoires du Code civil. Donnons une idée succincte de cette théorie, qui nous fait envisager sous un jour particulier le cha-

pitre du Code intitulé : *Des demandes en nullité de mariage* (Tit. V, ch. IV), et, dans ce chapitre, l'article 180, par lequel il s'ouvre. Cet article est ainsi conçu :

« 180. Le mariage qui a été contracté sans le con-
« sentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne
« peut être attaqué que par les époux, ou par celui des
« deux dont le consentement n'a pas été libre.

« Lorsqu'il y a eu *erreur dans la personne*, le ma-
« riage ne peut être attaqué que par celui des deux
« époux qui a été induit en erreur. »

« Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne... », c'est le cas, dit notre auteur, là est le principe de la solution. En effet, l'époux catholique croyait épouser une personne partageant jusqu'à un certain point ses propres convictions religieuses ; mais il n'en est rien et il se trouve que cette personne est totalement dépourvue de religion, puisqu'elle se refuse obstinément à la célébration religieuse ; le juge pourra donc très-bien, en tenant grand compte de toutes les circonstances de fait qui varient à l'infini, prononcer la nullité du mariage pour *cause d'erreur dans la personne*. Ce sera une des nombreuses applications de l'article 180.

Remarquez-le bien, Marcadé ne dit pas que, dans ce cas, le mariage est nul de droit; il dit simplement qu'il est *annulable*, c'est-à-dire susceptible d'être annulé par l'autorité du juge, seul appréciateur des mille et une circonstances qui peuvent vicier le consentement et rendre le mariage, en un certain sens, caduc et dissoluble.

Il y a donc des mariages nuls et des mariages *annulables ?*

Assurément. Cette distinction est fondamentale dans la matière présente; sans elle, impossible de rien comprendre à tout ce chapitre *des demandes en nullité*. C'est un habile jurisconsulte d'outre-Rhin, M. Zachariæ (1), qui l'a introduite; M. Marcadé s'en est fait, en France, le propagateur zélé; elle a passé depuis dans maint commentaire du Code, et M. Demolombe lui-même l'adopte; sous de prudentes réserves, mais enfin il l'adopte.

« Quand un mariage est nul, » dit Marcadé, « je n'ai pas besoin de l'attaquer pour qu'il ne nuise pas; et non-seulement je n'ai pas besoin de l'attaquer, mais je ne le puis pas. En effet, comment annuler ce qui est nul? comment anéantir le néant? » Donc, les *demandes en nullité* concernent essentiellement les mariages *annulables*, et non pas nuls de droit.

Il est triste, fait-il encore observer, de voir la plupart des auteurs confondre le mariage *non-existant* avec le mariage *annulable*. Les auteurs qui font cette confusion, ce sont notamment Delvincourt, Vazeille, Toullier, Duranton, on le voit, des hommes d'une certaine autorité et d'un certain renom, mais probablement imbus des préjugés de l'ancien droit, comme l'étaient du reste les Maleville, les Tronchet, les Portalis, et les autres membres du Conseil d'État qui tra-

(1) Né en 1769, à Meissen, en Saxe, il fut professeur de droit d'abord à Wittenberg, puis à Heidelberg, et mourut en 1843. Son *Manuel du droit civil français*, écrit en allemand, a été traduit par MM. Aubry et Rau.

vaillèrent, sous la présidence du Premier Consul, à la rédaction du Code civil. Heureusement, ajoute ici Marcadé, cette distinction si indispensable entre le mariage nul et le mariage annulable commence à pénétrer dans les traités de droit; sur quoi il cite M. Demolombe. (III, n°s 239-241.)

Cette distinction une fois admise, l'article 180, tout à fait inintelligible dans l'ancien système, devient de la plus grande clarté. Il s'applique non pas aux mariages *nuls,* mais aux mariages *annulables*. En effet, le premier alinéa a pour objet *le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des époux*. Peut-on dire, avec Toullier et Duranton, qu'il s'agit ici tout à la fois et du mariage nul par défaut de *consentement*, et du mariage nul par défaut de *liberté dans le consentement?* Non, puisqu'il y a un autre article spécial pour le mariage nul par défaut de *consentement*, l'article 146, qui porte : *Il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas de consentement.* Or, cet article 146 ne figure pas dans le chapitre des *demandes en nullité;* la raison en est simple : dans l'absence de tout consentement, il n'y a pas même lieu à exercer une demande en nullité, le mariage n'existant pas. L'article 180, au contraire, traite des demandes en nullité, et il parle du mariage nul, — c'est-à-dire *annulable*, — par défaut de *liberté dans le consentement*, ce qui est bien différent! Dans ce second cas, il y a consentement, mais ce consentement n'est pas libre; il y a mariage, mais mariage *annulable;* c'est au juge de prononcer la nullité, de *casser* le mariage.

La même théorie s'applique au second alinéa, où il st question de la demande en nullité pour cause *d'erreur dans la personne* (et non *sur la personne*, remarquons-le bien). De quelle erreur s'agit-il? De l'erreur sur la personne physique, sur l'*individu*, erreur qui suppose la substitution d'une autre personne à une personne déjà connue? Mais cette erreur est chimérique, et ce n'était vraiment pas la peine d'en parler. Si elle avait lieu par un hasard extraordinaire, par une fraude sans exemple, il n'y aurait pas même besoin d'exercer l'action en nullité pour détruire ce simulacre de mariage, ce mariage non-existant. Ce n'est donc pas là ce que le législateur avait en vue lorsqu'il rédigeait l'article 180. Dira-t-on qu'il s'agit de l'erreur par substitution à une personne inconnue? Le cas était prévu par l'ancien droit; pourquoi? Parce qu'on se mariait alors par procureur. Ce même cas est impossible aujourd'hui qu'on se marie « corps à corps. » — « Quand la Julie riche et noble que j'avais fait demander en mariage sans l'avoir jamais vue, est remplacée au moment de la célébration par une Julie pauvre et roturière, que je vois là pour la première fois ou que j'avais déjà vue, peu importe, alors cette Julie qui se trouve là étant la seule dont je connaisse la personnalité, puisque je n'ai jamais vu l'autre, mon esprit ne peut donc se représenter qu'elle, et quand je prononce dans ce cas ces paroles : Je consens à prendre pour femme Julie ici présente, c'est bien sur cette Julie que tombent ma pensée et mes paroles. » Il n'y a pas erreur sur la personne, mais sur les motifs; il y a consentement, il y

a mariage, mais ce mariage *pourra être cassé.* L'ancienne législation, qui déclarait alors le mariage *nul* de plein droit, était tout simplement immorale. Ce système tenait à deux causes : 1° la fréquence des mariages par procureur, 2° le préjugé de la distinction des castes, qui faisait craindre les mésalliances. En 1803, ces deux causes n'existant plus, on revint à des idées plus saines et aussi plus logiques.

De tout ceci on peut conclure, dit Marcadé, que l'article 180 ne s'occupe pas de l'erreur sur la personne, mais de l'erreur sur les qualités, à raison de laquelle le mariage, d'ailleurs existant, peut être *annulé.* Mais laissons ici la parole à notre auteur. La théorie qu'il expose est assez originale, assez grave dans ses conséquences et ses applications pratiques pour que nous tenions à ne modifier en quoi que ce soit l'expression de sa pensée.

« Quelles seront les limites de cette règle? La nul-
« lité devra-t-elle être prononcée pour toute erreur sur
« les qualités ayant une certaine importance ?

« Évidemment non, et si j'avais épousé une personne
« que je croyais avoir une science et un talent qu'elle
« n'a pas, jouir d'une belle fortune, tandis qu'elle n'a
« rien, être d'une haute noblesse, tandis qu'elle est
« roturière, ces circonstances, dont la connaissance
« aurait suffi probablement pour m'empêcher de con-
« tracter mon mariage, ne suffiront cependant pas
« pour le faire annuler. Pour briser un contrat aussi
« sacré que le mariage, un contrat qui, comme nous
« l'avons dit et comme le disait le Premier Consul, a

« pour objet direct le corps et l'âme de l'homme, il faut « une erreur dont l'objet soit d'abord profondément « grave et qui de plus réside en l'individu même. »

Selon M. Marcadé, « un vœu solennel de continence de la personne, alors que l'autre conjoint est catholique; l'état de forçat libéré de l'homme qu'on a cru honorable, seraient de justes causes d'annulation. » Applaudissons à la pensée de tenir compte des empêchements dirimants établis par l'Église et reconnus par l'ancien droit. Toutefois il y a ici quelque confusion. *Le vœu solennel de continence*, ou de chasteté, ne va pas seul, mais il fait partie des trois vœux de religion. Il faut y joindre le sacrement de l'ordre, auquel est attachée l'obligation du célibat ecclésiastique. Enfin ce n'est pas uniquement dans le cas d'erreur, mais dans tous les cas que ces deux empêchements doivent obtenir leur effet; c'est une satisfaction qui est due non-seulement à l'époux trompé, mais encore aux lois de l'Église, à la conscience publique, aux bonnes mœurs. Quant à « l'état de forçat libéré, » si c'est le plus cruel des mécomptes pour la personne qui arrive à le constater dans l'homme auquel elle a uni son sort, le mal est irréparable; ce ne fut jamais un cas de nullité, un empêchement dirimant. La jurisprudence moderne, dont on cite des arrêts, n'y changera rien; l'ancienne était très-ferme sur cet article, comme on peut le voir dans Pothier (n° 313). Le juge, alors, ne s'attribuait pas le pouvoir de casser les mariages et il se croyait étroitement lié par cette parole de Jésus-Christ: *Quod Deus conjunxit, homo non separet.* Mais arrivons à la

solution qu'on nous propose et que certains catholiques, séduits par une trompeuse apparence, ont regardée comme un port de salut au milieu des fluctuations de la jurisprudence moderne.

« Il pourrait également y avoir, selon les cas, » ajoute Marcadé, « cause suffisante d'annulation dans « un fait qui s'est déjà présenté plus d'une fois, mais « dont l'appréciation n'a pas encore été portée, à notre « connaissance du moins, devant les tribunaux. Nous « voulons parler du refus de l'un des époux de pro- « céder à la célébration religieuse du mariage. Ainsi, « quand une jeune personne, animée de sentiments « religieux et attachée aux principes catholiques, ac- « cepte la main d'un homme qui s'est présenté à elle « comme professant les mêmes principes, mais qu'a- « près la célébration civile l'époux, démentant ses « prétendus principes et le caractère qu'il avait montré « jusque-là, refuse de faire bénir son union par l'É- « glise, et que la jeune femme, se refusant à une coha- « bitation qui serait à ses yeux un crime, demande « l'annulation du mariage pour erreur sur la personne « qu'elle a épousée, cette annulation ne saurait lui être « refusée. D'un côté, en effet, il y a ici erreur sur une « qualité principale de la personne, puisqu'on a cru « et voulu épouser un homme ayant au moins quel- « ques sentiments religieux, tandis qu'on a un homme « qui ne se montre pas seulement indifférent, mais « hostile, et qui pousse l'impiété jusqu'à ne pas vou- « loir se prêter, même par condescendance pour sa « jeune épouse, à l'accomplissement d'un acte reli-

« gieux qu'il sait être indispensable aux yeux de celle-
« ci. D'un autre côté, cette erreur est de la plus haute
« gravité pour la femme, par ses conséquences, puis-
« qu'elle aurait pour résultat de condamner cette
« femme à vivre dans un état que sa conscience lui
« dirait être un perpétuel concubinage. Le mariage
« serait donc annulable en pareil cas, comme le déci-
« dent M. Bressolles, professeur à la Faculté de Tou-
« louse, dans la dissertation qu'il vient de publier sur
« cette question, et M. Delpech, doyen de la même
« Faculté, dont le premier rapporte l'opinion. (*Revue
« de législ.*, t. II, de 1846, p. 149-158.) Qu'on re-
« marque bien au surplus, que nous ne déclarons pas
« ce mariage *non avenu et inexistant* pour inaccom-
« plissement d'une *condition* tacitement imposée (car
« il ne peut y avoir de mariage *conditionnel*), mais
« seulement *annulable* et devant être cassé pour *erreur
« dans la personne*.

« Du reste, on comprend que les circonstances di-
« verses de chaque affaire devront exercer une grande
« influence sur la décision.... Dans le cas de refus de
« célébration religieuse, il n'y aurait guère lieu à l'an-
« nulation si la femme trompée avait consenti à la con-
« sommation du mariage. Tout est laissé ici à l'appré-
« ciation des magistrats [1]. »

Eh bien ! non, on aura beau dire, toute cette doctrine est absolument insoutenable. Je regrette d'y voir en-

(1) Marcadé, *Éléments du Droit civil français*. Explic. du C. c., L. I, titre v, art. 180.

gagés des hommes honorables et bien évidemment animés d'intentions excellentes; cela prouve tout simplement qu'avec une loi défectueuse on peut être conduit à fausser les principes en vue d'un bon résultat. Mais il y a trop de péril à cela; ce qu'on y gagne ne vaut certainement pas ce que l'on perd; il n'y va de rien moins que de l'indissolubilité du mariage. Pour arriver à la décision que préconise Marcadé, il faut reconnaître que le mariage peut être cassé dans certains cas, alors même qu'il n'est pas intrinsèquement nul, et que sa validité dépend de la sentence du juge séculier. N'est-ce pas là un principe des plus funestes, et est-ce affaire à des catholiques de le mettre en honneur et en crédit?

Ah! je le sais bien, dans notre cas particulier, le mal serait petit, puisque, aux yeux de l'Église, il n'y a pas de mariage, et que ce lien purement légal n'a rien d'indissoluble et de sacré. Mais il faut voir les suites, qui sont désastreuses. Le principe une fois établi et consacré par la jurisprudence, où ne peut-il pas nous conduire? Aujourd'hui un mariage est cassé parce que l'un des conjoints vient de reconnaître que celui auquel il engageait sa foi ne partage pas ses convictions religieuses; demain on vous demandera d'annuler un mariage, parce qu'on a découvert que la personne à laquelle on s'est uni est atteinte d'une de ces maladies graves qui rendent la cohabitation insupportable, qu'elle est épileptique, par exemple, que sais-je? sujette à l'hypocondrie et aux humeurs noires. Où s'arrêter, en si beau chemin? Vous rendez la liberté à l'é-

pouse du forçat libéré; pourquoi pas à celle du banqueroutier? Cela pourrait être admis suivant les occurrences, car « tout est laissé à l'appréciation du juge. » Voilà une doctrine bien rassurante!

On le voit, ceci est beaucoup plus grave qu'il ne semblerait d'abord; on n'en est pas venu là sans un grand obscurcissement des principes par lesquels est régi le contrat de mariage : un contrat que tous les peuples ont considéré comme un acte religieux, et qui est par son essence même, en tout ou en partie, l'un des sept sacrements de la loi de grâce. Nous reviendrons plus tard sur ce point capital. Mais puisque les idées sont tellement perverties à cet égard, force nous est de placer ici sous les yeux du lecteur les maximes de l'ancien droit, soit canonique, soit civil, maximes dont on ne saurait s'écarter sans se mettre en contradiction non-seulement avec les lois positives de l'Église, mais encore avec la raison et la justice même.

CHAPITRE III.

RÉFUTATION DE LA THÉORIE DE MARCADÉ.

L'une de ces maximes, placée au-dessus de toute discussion et dominant toute la matière, c'est que le mariage est essentiellement indissoluble.

Fondée sur le droit naturel, cette indissolubilité a reçu de la loi évangélique sa suprême sanction, et aucun pouvoir sur terre n'a le droit d'y porter atteinte en séparant ce que Dieu même a uni : *Quod Deus conjunxit, homo non separet* (Mathieu, XIX, 6). L'Église seule, en vertu de l'autorité qu'elle a reçue d'en haut, peut régler les conditions d'où dépend la validité du mariage ; seule elle statue sur les empêchements dirimants qui atteignent dans sa substance le lien conjugal et rendent le contrat intrinsèquement nul. Si l'État lui a plus d'une fois disputé cette prérogative, elle a toujours réclamé, et généralement le conflit a été résolu par une entente commune, si bien que le droit civil des nations chrétiennes est resté, dans ses grandes lignes, d'accord avec le droit canonique, et que les causes matrimoniales ont été attribuées, même en France, au for ecclésiastique. L'Église n'a usé qu'avec

grande réserve du droit d'établir des empêchements dirimants ; parmi ceux qu'elle reconnaît et qu'elle sanctionne, les uns, comme celui qui annule le mariage contracté entre proches parents, sont de droit naturel et réclamés par les bonnes mœurs ; les autres tiennent à l'essence même d'une obligation sacrée, comme ceux qui résultent des vœux de religion ou du sacrement de l'ordre. Ce ne fut que fort tard, après bien des hésitations et des scrupules, que l'Église, toujours par des raisons d'ordre et de morale publique, frappa de nullité les mariages clandestins, tant elle craignait d'attenter à la liberté qui est l'honneur de notre race et de toucher à un lien par lequel, en devenant une même chair, l'homme et la femme ne font que répondre au dessein de Celui qui leur a dit en les créant : *Croissez et multipliez.*

Dans l'ancien droit, aucun juge, soit ecclésiastique, soit séculier, n'imaginait qu'il lui fût loisible de rompre le lien conjugal une fois formé; quand il avait reçu sa perfection dernière, ce lien ne pouvait être dissous que par la mort, et s'il devenait par malheur pour l'un ou l'autre époux, pour tous les deux peut-être, la plus lourde et la plus humiliante des chaînes, on estimait leur infortune un moindre mal que la violation d'une loi sacrée sans laquelle on eût bientôt vu déchoir la famille et la société retourner à la barbarie. Donc, il n'y avait que des mariages nuls et déclarés tels par le juge, point de mariages *annulables ;* il n'y avait que des causes de nullité, point de causes d'*annulation :* on ne connaissait pas ces termes en matière

de mariage, et si l'usage en autorisait de semblables, c'était dans un tout autre esprit, avec des explications et des commentaires qui en éloignaient le péril. « Aucune puissance, » disait Pothier au moment même où il s'apprêtait à traiter *des cassations de mariages*, « aucune puissance ne peut casser un mariage, lorsqu'il a été valablement contracté; ce lien du mariage étant formé par Dieu même, aucune puissance humaine ne peut le dissoudre : *Quod Deus conjunxit*, *homo non separet*. Mais, lorsqu'il y a contestation sur la validité du mariage, il appartient au juge de décider s'il a été valablement contracté ou non; et le jugement, par lequel le juge déclare qu'il n'a pas été valablement contracté et qu'il est nul, est ce que nous appelons ici cassation de mariage. » (*Traité du Contrat de mariage*, n° 442.)

Marcadé, qui ne doute de rien, qualifie de « vieillerie » la doctrine de Pothier. C'est un triste signe du temps.

Allons plus avant, et voyons quelles étaient les maximes de l'ancien droit en matière de nullité, nous bornant, bien entendu, pour ne pas être infini, aux deux causes de nullité énoncées dans l'article 180 du Code Napoléon, l'erreur et le défaut de liberté.

Un contrat est avant tout un acte humain, et, comme tel, il est soumis aux règles générales qui régissent les actes humains; il n'a de valeur qu'autant qu'il émane d'une connaissance suffisante de l'objet voulu et d'une volonté exempte de nécessité et de contrainte. Dans le cas d'erreur substantielle sur l'objet et la ma-

tière même du contrat, le contrat est nul de plein droit; c'est une vérité élémentaire, de celles qui sont vraies dans tous les temps et sous l'empire de toutes les législations, parce qu'elles tiennent à la nature et à l'essence même des choses. Dans le cas où la volonté subit une contrainte extérieure et n'est pas tout à fait libre, la question est différente; c'est un axiome reçu : la volonté contrainte est encore une volonté, *voluntas coacta, voluntas est.* Ce défaut de liberté suffit-il pour que le contrat soit nul de droit? Cela dépend et de la nature du contrat et du degré de contrainte; dire que par défaut de liberté le contrat de mariage est, de droit naturel, absolument nul, beaucoup de théologiens ne l'ont point osé (1). Il faut donc que le législateur intervienne et qu'il prête secours, en quelque sorte, au droit naturel obscur et ambigu. S'il déclare nul tout mariage où le consentement de l'un des époux aura été extorqué par une crainte grave, *timor cadens in constantem virum*, comme disait le droit, cette décision sera sans contredit conforme à l'équité et à la raison, conforme même au droit naturel, bien qu'elle n'en procède peut-être pas tout entière. On sent ici le besoin d'une autorité qui règle et détermine à l'avance les conditions d'où dépendra la validité d'un contrat de sa nature indissoluble; cette autorité, nous l'avons dit, c'est l'Église.

De là, deux empêchements dirimants universelle-

(1) Entre autres Sanchez, Suarez et Lugo, trois grandes autorités sans contredit, et qui, réunies, font presque toujours pencher la balance de leur côté. Cf. Kugler, *de Matrimonio*, quæst. XXXII.

ment admis dans l'ancien droit : l'erreur et la violence, *error*, *vis* (ou la crainte, *metus*, si on l'envisage dans celui qui subit la violence). Arrêtons-nous plus particulièrement sur le premier empêchement, l'*erreur*, car c'est là-dessus que va rouler toute la discussion.

L'erreur sur la personne rend donc le mariage nul, et cela de droit naturel. Il n'y a point ici à équivoquer : on a voulu épouser une personne, et c'est une autre personne qui a figuré au contrat; le consentement est nul et il n'y a point de mariage proprement dit. Saint Thomas citait un exemple emprunté à la Bible, celui de Jacob qui avait épousé Lia, croyant épouser sa sœur Rachel; ce mariage était nul et serait resté tel, si, après avoir reconnu son erreur, le saint patriarche n'eût consenti à prendre Lia pour épouse. Mais l'erreur ne porte pas toujours sur la personne même, et il peut se faire qu'elle atteigne, au moins immédiatement, les qualités de la personne. Dans ce second cas, y a-t-il mariage? Il faut distinguer.

S'il y a erreur sur les qualités de la personne, et sur les qualités seules, cette erreur n'affectant pas la substance du contrat, le mariage est valable. Alphonse a épousé Sophie, qu'il croyait riche et noble; elle est pauvre et roturière; le mariage est valable et l'époux déçu, même par manœuvre fauduleuse, ne peut arguer de son erreur pour le faire casser. La sainteté, l'inviolabilité du mariage ne demande rien moins. Mais voici une autre espèce, un peu différente : Jacques a demandé et obtenu de Pierre la main de sa fille aînée;

que le mariage se fasse par procuration ou autrement, à l'aînée on a trouvé moyen de substituer la cadette; le mariage est-il valable? Non, répondent tout d'une voix les théologiens et les jurisconsultes. — Pourquoi cette différence? Est-ce que l'erreur dont il s'agit n'est pas, cette fois encore, une erreur sur la qualité? — Assurément, mais prenez-y garde : dans le cas présent, l'erreur sur la qualité entraîne à sa suite l'erreur sur la personne, *error qualitatis redundat in errorem personæ.*

Qui oserait prétendre le contraire? On ne se marie pas contre son gré, et on n'épouse que la personne qu'on a voulu épouser. Cette personne, qu'on n'avait pas vue (je le suppose), était déterminée dans la pensée de celui qui la demandait en mariage par telle ou telle qualité, par sa filiation, par son rang dans la famille; si on lui en substituait une autre à laquelle manquait cette qualité, cette autre n'était pas celle qu'on avait voulu épouser; il n'y avait donc pas là de consentement proprement dit, *duorum in idem placitum*, et le mariage était nul. Rien de plus logique. C'est faute d'avoir envisagé cette vérité et la possibilité d'une semblable erreur, que le législateur de 1803 a introduit quelque confusion dans la discussion du Conseil d'État. M. Marcadé a pris cette confusion pour une lumière, et, fasciné par son faux éclat, il s'est lancé résolûment dans une suite de paralogismes plus ou moins spécieux, dont le prestige nous sera facile à dissiper pourvu qu'on nous accorde un point, qui est et doit rester hors de discussion, l'indissolubilité du mariage.

L'erreur sur la qualité, disons-nous, n'est pas une cause de nullité, à moins qu'elle n'entraîne l'erreur sur la personne. Il y avait cependant une exception, une seule, admise par le droit canonique : le cas d'esclavage. Celui qui avait épousé une esclave, croyant épouser une femme libre, pouvait regarder son mariage comme nul. On le conçoit : l'esclavage, pris dans toute sa rigueur, enlevait à une personne la disposition d'elle-même et la rendait inhabile à la plupart des fins du mariage; si un tel mariage était absolument possible, il devenait tellement à charge au conjoint libre que celui-ci n'était pas présumé l'avoir voulu sans une parfaite connaissance de cause, et la loi le dégageait d'un lien trop pesant, afin de ne pas l'exposer à le rompre ou à le maudire. A l'empêchement pour cause d'erreur sur la personne s'en joignait donc un autre, celui de la condition servile, *conditio*, dans le cas seulement où la partie intéressée n'en avait rien su avant le mariage. Ainsi en avaient décidé diverses décrétales des papes Innocent III, Alexandre III et Urbain III, reçues dans la législation de tous les peuples chrétiens. Sur quoi Pothier fait fort à propos cette observation : « La servitude étant depuis très-longtemps abolie en France, ces canons ne peuvent plus y recevoir d'application. Il est vrai qu'il y a encore dans quelques provinces, telles que le Nivernais, le Bourbonnais, la Bourgogne, des personnes qu'on appelle *serfs;* mais elles n'ont ce nom que par rapport à certains devoirs, à certains services ou corvées, auxquels elles sont sujettes envers leurs seigneurs : elles sont

d'ailleurs personnes libres, *et elles ont même l'état et les droits de citoyen.* C'est pourquoi, si j'épouse une personne de cette condition, que je crois être de condition franche, mon erreur sur la condition ne rend pas plus nul le mariage que l'erreur sur toutes les autres qualités. » (N° 312.) Ainsi les *serfs* du temps de Pothier jouissaient des droits de citoyen, c'est bien quelque chose. N'importe, Voltaire et les siens trouveront là un beau thème à déclamation, et ils ne se feront pas faute de décrier le régime qui permettait cette odieuse et intolérable servitude!

Déjà, si je ne me trompe, on pénètre dans la savante et harmonieuse économie de l'ancien droit. Tous ces empêchements dirimants, toutes ces causes de nullité étaient quelque chose de parfaitement défini et prévu par la loi, où l'on s'était efforcé de laisser le moins de place possible au doute et à l'arbitraire. Il le fallait bien ainsi : le mariage étant absolument indissoluble, la validité ou la nullité du contrat devait être entière avant toute sentence; le juge n'avait qu'à constater l'une ou l'autre, et son jugement, quel qu'il fût, était purement déclaratif. Il n'était donc pas question d'*annulation* en ce temps-là; et la doctrine de Pothier, en qui l'on entend tous les anciens juristes, est, comme nous l'avons dit, la rigoureuse et nécessaire conséquence d'un principe sur lequel la jurisprudence moderne aurait grand tort de transiger.

CHAPITRE IV.

LE PREMIER CONSUL LÉGISLATEUR. DISCUSSION DU CONSEIL D'ÉTAT.

On a changé tout cela! Lisez Marcadé, vous verrez le peu de cas qu'il fait de la vieille jurisprudence et des vieux jurisconsultes. Le malheur est qu'il n'est pas seul de cet avis, particulièrement dans la question qui nous occupe. La distinction entre les causes de nullité et les causes d'*annulation* a fait, dit-on, fortune dans l'école, et on la retrouve dans des écrits généralement estimés; bref, on accorde au juge, en cette matière, je ne sais quel pouvoir discrétionnaire que nos pères ne connaissaient pas. Eh bien! je le repète, c'est un grand mal, sur lequel il faut appeler l'attention de tous les gens sensés, jaloux de préserver la société des derniers périls. Pour l'amour de Dieu, gardons la famille intacte parmi tant de ruines; travaillons à raffermir sur sa base antique et sacrée le foyer où nous goûtons nos meilleures et plus pures joies, si nous voulons qu'il résiste au choc redoublé des révolutions dont il a déjà ressenti les tristes atteintes. A l'heure qu'il est, le divorce est le cri de ralliement

d'une démagogie en délire; elle sait bien ce qu'elle veut, son instinct est sûr; tenons-nous donc pour avertis. Il serait digne de notre grande magistrature, si intègre et si grave, des professeurs savants et distingués qui se vouent dans nos Facultés à l'enseignement du droit, de tous les philosophes et politiques chrétiens, de tous les Français animés d'un vrai patriotisme, il serait digne de tant d'hommes d'élite d'opposer une digue au torrent des doctrines antisociales, et ils n'y arriveront jamais, s'ils ne remettent en honneur, dans les lois comme dans les mœurs, la sainteté, l'inviolabilité du mariage chrétien.

Quel est donc le fondement de cette jurisprudence si nouvelle, si inconnue à nos pères? Quel est ce principe si mystérieusement renfermé dans le Code civil, jusqu'à ces derniers temps, que ses propres rédacteurs, — on en convient, — ne s'en doutaient pas?

Les travaux préparatoires du Conseil d'État, étudiés de plus près, mieux approfondis, mieux compris, nous ont valu cette lumière. Il est vrai que les Tronchet, les Maleville, les Berlier et les Portalis, qui avaient trop vécu sous l'ancien régime, trop étudié Domat et Pothier, s'y montrent encore imbus des vieilles maximes; mais, grâce à Dieu, ils n'étaient pas seuls; un jeune législateur était au milieu d'eux, dont le génie dissipait les ombres accumulées par eux sur ces grandes questions, et un beau jour, dans une séance à jamais mémorable, le FIAT LUX est tombé de la bouche du Premier Consul.

Je n'invente rien; bien plutôt j'atténue, par la pâ-

leur et le terne de mon expression, le lyrisme d'enthousiasme avec lequel on nous annonce une si belle découverte. Il faut lire Marcadé; il est instructif et curieux, par ce rôle de Moïse sur le Sinaï qu'il attribue, de la meilleure foi du monde, au Premier Consul (1). Le passage est long, mais il importe de n'en rien retrancher, car il contient en substance tout le système. En le citant, nous y ajouterons quelques notes; puis nous en dégagerons les points qui méritent l'honneur d'une réfutation en règle. Que l'on écoute donc Marcadé, narrateur admiratif et charmé des travaux préparatoires du Conseil d'État. Voici comment, d'après lui, fut discuté le chapitre des *demandes en nullité*, comment le droit nouveau remporta la victoire sur l'ancien droit, en dépit des vieux conseillers qui faillirent un instant faire pencher la balance du côté de la routine et des absurdités du moyen âge.

« Heureusement, les choses ne se sont point ainsi pas« sées. Les étranges incohérences et les bizarreries « immorales de l'ancien droit étaient, à la vérité, dans « *presque toutes les têtes*, mais non pas dans *toutes*. « Au milieu de ces vieux jurisconsultes pleins de « science et riches de souvenirs, mais qui (nous « sommes bien forcé de le dire ici) obéissaient à l'au-

(1) On peut lire aussi un mémoire couronné par l'Académie de législation : *Le Premier Consul Législateur*, étude sur la part que prit Napoléon aux travaux préparatoires du Code, par Amédée Madelin, Paris, A. Durand, 1865. Mais le langage de M. Madelin pâlit auprès du style imagé de Marcadé, dont les doctrines sont d'ailleurs reproduites et approuvées par l'auteur du Mémoire.

« torité de la tradition, c'est-à-dire à la routine, plus « souvent qu'à l'autorité de la logique, on voit un « homme qui, tout jeune encore, s'élève au-dessus « d'eux de toute la hauteur du génie; un homme que « sa raison supérieure, et aussi son ignorance d'une « législation désormais usée, affranchissaient de cette « routine funeste; et qui, saisissant avec sa vue d'aigle « les théories droites, les idées justes, les hautes con- « ceptions, qui échappaient souvent aux autres, usait « de sa magique et précieuse influence pour les faire « pénétrer dans les textes, à l'insu quelquefois, ou « même contre le gré de ces vieux légistes qui se « disaient avec étonnement : « Mais cet homme-là est « à lui seul la législation incarnée. » (*Paroles du con-* « *sul Cambacérès.*)

« Napoléon qui, âgé alors de trente et un ans seule- « ment, exerçait cependant sur les conseillers une au- « torité beaucoup plus grande qu'on ne pourrait le « croire; qui, dans le titre des *Actes de l'état civil*, avait « fait admettre de vive force et malgré tout le conseil, « le principe, honni tout d'abord, mais bientôt ad- « miré, que « là où est le drapeau français, là est la « France; » qui, dans la discussion de notre titre, alla « jusqu'à reprocher aux conseillers de ne pas même « se faire une idée de l'institution du mariage; Napo- « léon sut ici saisir et faire écrire dans ces articles les « idées que nous avons développées plus haut, et ce n'est « point par hasard que le texte du Code se trouve d'ac- « cord avec la théorie que nous venons de présenter.

« Pendant que Portalis, Tronchet, Maleville, Ber-

« lier, Cambacérès, Réal et les autres reproduisaient « éternellement les idées fausses critiquées plus haut ; « par exemple, celle *qu'un mariage non-existant par « défaut de consentement se ratifie s'il n'est pas attaqué;* « celle encore *qu'il n'y a pas consentement quand il y a « violence ou séduction*, Napoléon, entraîné tout d'a- « bord par cette manière générale de voir (Fenet, t. IX, « p. 15), s'en affranchit bientôt, et c'est pour n'y re- « venir jamais. A partir du milieu même de la pre- « mière séance tenue sur ce titre (5 vend. an X, 27 sept. « 1801), on le voit reproduire avec la parole brève, « saccadée, énergique et saisissante qui lui était pro- « pre, et quelquefois avec humeur de n'être pas mieux « compris, le grand principe de la différence entre le « mariage non-existant pour défaut de consentement, « et le mariage annulable pour consentement vicieux ; « la réalité du consentement dans les cas de violence, « de séduction ou d'erreur par substitution à une « personne *qu'on ne connaît pas*, et dès lors existence « du mariage dans ces différents cas, sauf annula- « tion, s'il y a lieu; l'immoralité de la faculté « absolue d'annuler pour cette substitution à une per- « sonne inconnue; la chimère, l'impossibilité com- « plète d'une substitution à une personne connue; « la source du droit ancien dans le préjugé de la dis- « tinction des castes, dans la crainte des mésalliances « pour les familles riches et nobles et dans l'habitude « de se marier par procureur; en un mot, toutes « les idées précisément que nous avons essayé de « faire comprendre plus haut.

« Ainsi, dès la première séance, Tronchet, embar-
« rassé sur la rédaction et la place de l'art. 146, pro-
« pose comme chose toute simple de le reporter dans
« notre chap. IV, *des Demandes en nullité*.

« Vous ne pouvez pas, s'écrie le Premier Consul,
« *ce serait* MÊLER LES CAS OU IL N'Y A PAS MARIAGE
AVEC LES CAS OU LE MARIAGE POURRAIT ÊTRE CASSÉ. »
« (*Ibid.*, p. 16.) Plus loin, comme on discutait un ar-
« ticle de ce même chapitre IV qui organisait l'action
« en nullité contre le mariage contracté par le mort
« civilement : « Votre article est absurde, dit Napo-
« léon ; il suppose un mariage quelconque de la part
« du mort civilement. Ce mariage subsisterait donc
« s'il n'était pas attaqué ! Ne parlez pas de ces sortes
« de mariages. » (*Ibid.*, p. 50.)

« Dans la séance du 24 frimaire (15 décembre), les
« rédacteurs revenaient avec leur article 146 rédigé
« sous l'influence de leurs idées fausses et présentaient
« ces deux propositions, la première juste, la seconde
« absurde : *Il n'y a pas mariage, quand il n'y a pas de*
« *consentement. — Il n'y a pas de mariage, quand il y*
« *a violence ou erreur sur la personne.* Le Premier
« Consul leur dit : « On avait distingué deux cas dans
« la première discussion : 1° à défaut de consentement,
« il n'y a pas mariage ; 2° si la femme, ayant dit oui,
« *prétend avoir été violentée*, IL Y A MARIAGE, MAIS IL
« PEUT ÊTRE ANNULÉ (1). La même distinction existe pour

(1) Il faut dire pour être exact : Il y a consentement, mais ce consentement n'est pas libre ; donc le mariage est nul, et cette nullité n'a besoin que d'être déclarée.

« l'erreur de personne : si je voulais épouser une blonde « aux yeux noirs et qu'on m'ait donné une brune aux « yeux bleus, il n'y a pas de mariage ; s'il n'y a eu « erreur que sur la qualité, IL Y A MARIAGE, MAIS IL PEUT « ÊTRE ANNULÉ (1). — « Cependant, dit le conseiller « Réal, j'ai cru rendre les idées du Premier Consul : Il « n'y a pas consentement quand il y a violence. — Si « fait, répond Napoléon, il y a consentement ; pour « consentir, il suffit d'une minute ; seulement le con- « sentement n'est pas libre (2). »

« Sur le prétendu défaut de consentement par sub- « stitution à une personne qu'on n'a pas vue, il s'écrie « dans la même séance : « On n'a pas même une idée « de l'institution du mariage ; à présent qu'il n'y a plus « de castes, c'est la plus imposante devant la nature « humaine. J'ai épousé une femme brune qui m'était « connue depuis six mois, et parce que je reconnais « ensuite qu'elle n'est pas fille de celui que j'avais « cru son père, le mariage serait nul ! Non ; il n'y a « point là erreur de personne. Votre article est immo- « ral ; vous regardez le mariage comme une partie de « pêche. On sifflerait un drame qui serait contraire à « mon système. — Mais enfin, dit le second consul, « un militaire revient de l'armée après dix ans « d'absence ; il croit épouser sa cousine, mais le tuteur

(1) S'il y a eu erreur sur la qualité, et que cette erreur entraîne l'erreur sur la personne, le mariage est nul. S'il y a eu seulement erreur sur la qualité, le mariage est valable et ne peut être cassé.

(2) Et le défaut de liberté dans le consentement est une cause de nullité.

« lui a substitué sa fille. Il n'y a pas de consentement.
« — Il y a consentement, le mariage est bon ; vous « traitez cela en homme d'affaires (1). La dot n'est que « l'accessoire, et le législateur ne peut pas s'arrêter à « ces considérations-là. L'union des corps, l'échange « des âmes, voilà le principal.... Tout votre système « a pris naissance quand on se mariait par procuration; « à présent, on se marie corps à corps. » (*Ibid.*, p. 99 « suiv. Voyez aussi Thibaudeau, *Mémoires sur le Con-* « *sulat;* Locré, *Esprit du Code civil.*)

« Plus loin, dans la discussion du titre du *Divorce*, « Bonaparte disait encore aux conseillers : « Rappelez- « vous ce que vous avez dit sur les nullités. L'erreur « de *qualité*, que vous appelez erreur de *personne*, per- « met de faire annuler le mariage. (*Ibid.*, p. 261.)

« Nous nous abstiendrons de tout commentaire, » ajoute Marcadé; « de telles paroles n'en demandent « pas. On voit suffisamment maintenant si c'est par « hasard que les cas de l'art. 146 (relatif au défaut « de consentement) n'ont point été *mêlés* avec les cas « des articles 180 et 181; si c'est par hasard qu'au- « cun cas de mariage non existant n'a été mis dans « notre chapitre, et s'il est possible de soutenir que « c'est pour l'erreur sur l'individu même, c'est-à-dire « pour un cas de *non-consentement*, qu'a été fait le « deuxième alinéa de notre article.

« Il reste donc démontré, et surabondamment ce

(1) Il n'y a pas de consentement et le mariage n'est pas bon. Nous verrons ce que Cambacérès aurait dû répondre.

« nous semble, que non-seulement ce deuxième alinéa « prévoit l'erreur sur les qualités, mais même qu'il ne « prévoit qu'elle et ne pouvait prévoir qu'elle. »

Eh bien! nous le déclarons en toute franchise, cette chaleureuse argumentation ne nous a nullement convaincu, parce que la discussion où elle cherche son point d'appui est pleine de confusion et d'obscurité. S'agit-il, par exemple, du défaut de liberté, le *mariage* et le *consentement* sont pris l'un pour l'autre, et le Premier Consul oublie qu'un consentement extorqué par force ne suffit pas pour qu'il y ait mariage. S'agit-il de l'erreur, il ne s'avise pas que l'erreur sur la qualité puisse, dans certains cas, entraîner l'erreur sur la personne. Certes, Cambacérès n'avait pas tort lorsqu'il disait : « Un militaire revient de l'armée après dix ans d'absence, il croit épouser sa cousine. Mais le tuteur lui a substitué sa fille. Il n'y a pas consentement. » Non, quoi qu'en dise le Premier Consul, il n'y a pas consentement. Pour qu'il y ait consentement, il faut qu'il y ait identité entre la personne que je veux épouser et celle avec qui j'échange l'engagement sacré. Dans l'exemple cité par Cambacérès cette identité n'existe pas; il n'y a donc pas consentement, et il ne sert de rien de dire : « Vous traitez cela en homme d'affaires! » Qui vous dit que le militaire en question soit guidé par l'intérêt et non par un sentiment plus élevé? Qu'il n'a pas simplement en vue d'accomplir le dernier vœu, la dernière recommandation d'un oncle dont la mémoire lui est chère? Cela n'est ni chimérique, ni même romanesque. Mais quand même il n'aurait d'au-

tre mobile que la dot, si la personne présente n'est pas celle qu'il veut et croit épouser, il n'y a pas consentement, le mariage est nul.

Pour dire toute ma pensée, le législateur de trente ans a traité ces choses très-cavalièrement, et il a fait preuve de peu d'expérience de la vie. On sourit à l'entendre parler sans cesse de blondes aux yeux noirs et de brunes aux yeux bleus, comme si une personne ne se distinguait d'une autre que par la couleur de ses yeux. Souvent un mariage se négocie entre les deux familles, à distance; ce n'est pas à dire que les futurs époux ne se connaissent pas. On peut connaître une personne sans l'avoir vue : peut-être ignore-t-on la couleur de ses yeux, mais on sait celle de son esprit. Nous n'avons jamais vu ni Mme de Sévigné ni Mme de Grignan, mais elles nous sont parfaitement connues l'une et l'autre, grâce aux lettres incomparables de la mère, et entre deux femmes de ce caractère on ne manquerait certainement pas de motifs pour choisir. Quoi! voilà un homme qui, de deux sœurs, a voulu épouser l'aînée dont on lui a vanté les qualités solides, et vous le forcez à devenir l'époux de la cadette, qui est la légèreté même! Que de telles erreurs soient rares, d'accord; mais dès qu'elles sont possibles, le législateur doit les prévoir et en tenir compte.

Marcadé se trompe donc lorsqu'il dit : « La substitution à une personne qu'on ne connaît pas (lisez : *qu'on n'a pas vue*) ne peut jamais constituer qu'une erreur sur les qualités; » et lorsqu'il ajoute : « Mon esprit ne peut se représenter une femme que je n'ai

jamais vue. » — Mille pardons! je me la représente fort bien. Telle personne que je n'ai jamais vue m'est beaucoup mieux connue que telle autre que j'ai rencontrée des vingt et trente fois.

« Dans l'ancien droit, l'erreur était cause de nullité toutes les fois qu'il y avait erreur par suite d'une substitution de personne à une autre, soit connue, soit inconnue. » — Il se trompe encore : il n'y a jamais substitution à une personne *inconnue*, car l'idée même de substitution implique la connaissance de la personne que l'on veut épouser.

« Dans le cas de substitution à une personne inconnue (c'est-à-dire *qu'on n'a pas encore vue*), il y a seulement erreur sur les qualités ; il y a consentement. » — Il y a erreur sur la personne, il n'y a pas consentement.

Voici le cas. Un père de famille a négocié le mariage de sa fille avec le fils d'un ami qui habite l'Amérique. Le jeune homme s'embarque et meurt en mer. Un aventurier s'empare de ses papiers, se présente sous son nom et parvient à se faire épouser. Selon votre théorie, il y a consentement et le mariage est valable. Conséquence absurde, qui condamne votre principe (1).

Toutes ces hypothèses et bien d'autres avaient été parfaitement prévues et approfondies par les théologiens et les juristes de la vieille école (2), dont la science

(1) M. Demolombe pose un cas semblable et le résout dans le même sens que nous. *Cours de Code civil*, t. III, nº 251.

(2) Parmi les théologiens, nous citerons de préférence Sanchez,

n'aurait pas été de trop au Conseil d'État. Elle n'y faisait pas défaut, nous l'avons vu, mais elle n'osait s'y affirmer avec indépendance. La contradiction était rendue difficile par le caractère bouillant et dominateur, par les brusques reparties du Premier Consul, qui, soudainement frappé des points de vue nouveaux qui se révélaient pour la première fois à sa vive et mobile intelligence, se jetait tout d'un côté avec toute l'impétuosité de sa nature, entraînant à sa suite, de gré ou de force, ses timides conseillers. A vrai dire, cette discussion, qui fait l'admiration de Marcadé, n'est rien moins que claire; c'est un chaos traversé par des éclairs de génie. Plus tard, il faudra que Portalis fasse un peu de jour dans les questions débattues, et nous verrons qu'il n'y manquera pas. Les collaborateurs du Premier Consul n'étaient pas de taille à lui tenir tête. On a vu Cambacérès, ayant parfaitement raison, demeurer bouche close à la première saillie; on a entendu ce pauvre Réal dire pour toute excuse : « Je croyais avoir rendu les idées du Premier Consul. » Voilà des législateurs bien pénétrés de la grandeur de leur rôle!

Qu'arriva-t-il de là? Que l'on fit une loi ambiguë et qui comportait les interprétations les plus contraires. On pouvait y voir à volonté, ou les dispositions de l'ancien droit, ou celles d'un droit nouveau plein de lacunes. Écoutez plutôt Portalis dans l'*Exposé des mo-*

de Matrimonio, l. VII, *Disp.* XIX, et Kugler, P. IIª, cap. II, § 1; et parmi les juristes, Pothier, qui est pour nous *instar omnium*, bien moins complet toutefois que nos théologiens et nos canonistes.

tifs : voici comment il s'exprime devant le Corps législatif :

« S'il n'y a point de véritable consentement lors-
« qu'il n'y a point de liberté (1), il n'y a pas non
« plus de consentement véritable quand il y a er-
« reur. »

« L'erreur en matière de mariage ne s'entend pas
« d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la
« condition de la personne à laquelle on s'unit, mais
« d'une erreur qui aurait pour objet la personne même.
« Mon intention déclarée était d'épouser une telle per-
« sonne ; on me trompe ou je suis trompé par un con-
« cours singulier de circonstances, et j'en épouse une
« autre qui lui est substituée à mon insu ou contre
« mon gré ; le mariage est nul (2). »

Ce commentaire du second alinéa de l'article 180 est juste le contraire de celui auquel s'attache avec tant d'ardeur l'école moderne, l'école de Zachariæ et de Marcadé : point d'erreur sur les qualités, mais seulement erreur sur la personne ; point de cause d'*annulation*, mais une nullité pure et simple ; et cette nullité dérive d'un défaut ou total ou partiel de consentement, c'est-à-dire que l'article 180 n'est que l'explication et

(1) Ici Portalis va un peu trop loin, et, chose singulière, son erreur consiste à prendre précisément le contre-pied de la pensée du Premier Consul, qui avait dit : « Quand il n'y a pas de liberté, il y a mariage. » La vérité est entre les deux : il y a consentement, mais il n'y a pas mariage. On voit les rayons réfractés qui arrivaient du Conseil d'État au Corps législatif.

(2) *Exposé des motifs*, n° 180.

le complément de l'article 146. On ne saurait être plus formel.

Après Portalis, interrogeons Maleville, autre rédacteur du Code civil très-capable, lui aussi, d'avoir un avis et même, quelquefois, de le soutenir, comme il le fit voir dans la question du divorce. Maleville vous dira, en termes non moins clairs, non moins formels, que la nouvelle théorie, agitée au sein du Conseil d'État, n'y fit point fortune. Je cite encore textuellement :

« On voulait aller plus loin (toujours en matière « d'erreur), et distinguer l'identité morale de l'iden- « tité physique. On dit que dans la nature l'identité « physique faisait tout et que l'erreur dans cette « identité pouvait seule annuler le mariage ; mais que « dans l'ordre social il y avait d'autres qualités qui « personnalisaient l'individu ; si, croyant épouser la « fille d'un magistrat, d'un général, j'épouse celle « d'un homme sans nom, peut-on soutenir qu'il n'y « a pas eu erreur dans la personne ? Cependant dans « ce cas-là même on voulait distinguer l'erreur occa- « sionnée par le dol de la personne épousée, d'avec « celle qui provenait du dol d'un tiers ; et ce n'était « que dans ce dernier cas qu'on prétendait *faire annu- « ler le mariage*. Mais après bien des lucubrations (*sic*), « on convint de ne pas entrer dans ces détails, et *les « choses en sont restées sur le pied des lois ancien- « nes* (1). »

(1) *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. I, p. 195, 196. (Paris, 1807.)

Est-ce assez clair, et n'admirez-vous pas Marcadé avec sa prétention de savoir ce qui s'est passé au Conseil d'État, mieux que ceux qui s'y trouvaient? Maleville et Portalis sont, à eux seuls, d'assez grand poids pour l'emporter sur toute la nouvelle école, et l'érudit professeur de Heidelberg lui-même ne leur fait pas équilibre.

On pourrait multiplier les citations; je me contenterai d'jouter ce que dit, dans un ouvrage récent, un très-savant professeur de la Faculté de Paris, M. Valette. Après avoir rappelé la loi du 20 septembre 1792, qui traitait dans son titre IV des qualités et conditions requises pour le mariage, il s'exprime ainsi : « Cette loi a servi de point de départ et de modèle aux rédacteurs du Code; seulement ils ont tempéré sur plusieurs points la hardiesse des innovations révolutionnaires et se sont rejetés du côté de l'ancienne doctrine, mélange du droit canonique et du droit des ordonnances. C'est ce qui a eu lieu notamment pour les empêchements de mariage, pour le droit d'autorisation et d'opposition, et enfin *pour les nullités* (1). »

Il n'est donc pas prouvé, tant s'en faut, que la doctrine de Pothier, en matière de nullités, soit une « vieillerie » avantageusement remplacée par les théories aussi hardies que neuves de Zachariæ et de Marcadé; et, pour le dire en passant, nos légistes auraient dû s'apercevoir que les opinions de Zachariæ, professeur de droit en pays luthérien, étaient peu de mise dans notre France catholique, au moins en ce qui touche le

(1) *Explication sommaire du premier livre du Code Napoléon*, p. 85.

mariage. Laissons donc là cette manie d'aller tout demander à l'étranger, jusqu'à l'explication de notre Code, et puisons avec confiance à nos vraies sources, à celles qui ont jailli sur le sol français et où se désaltéraient nos pères. La sagesse éternelle nous donne ce conseil : *Bibe aquam de cisterna tua, et fluenta putei tui* (Prov. V, 15). C'est à ce prix seulement que les nations deviennent fortes et se préparent de longs jours. Quand on a des jurisconsultes comme nos Domat et nos Pothier, c'est une étrange fantaisie que d'emprunter aux universités de l'Allemagne protestante les maximes du droit!

Marcadé répète à satiété : « Le mariage peut être attaqué, donc il existe; on ne détruit pas ce qui n'existe pas. » — Nous lui demandons à notre tour si on détruit un mariage existant. Que l'on exerce une demande en nullité contre un mariage nul, mais dont la nullité a besoin d'être juridiquement constatée, à la bonne heure, cela se conçoit. « Jamais, » disait Tronchet, « le mariage n'est nul de droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire. » On ne détruit donc qu'une apparence. Mais supposer, comme on le fait, que le juge détruise un droit, qu'il brise un lien, c'est altérer dans son essence la notion de l'institution judiciaire. Le juge est établi pour *dire le droit*, non pour le faire; il n'en est pas le principe, mais seulement l'organe, le protecteur-né, quelquefois le vengeur. Constater les droits existants, les déclarer par sentence, en rendre la poursuite exécutoire, voilà son rôle et sa fonction, rien de plus.

Qu'un système aussi paradoxal et qui pèche par tant d'endroits ait pu se faire dans l'enseignement moderne une si large place, cela ne va pas sans un grand affaiblissement des principes du droit et, partant, de la morale publique et privée. A vrai dire, M. Demolombe, si souvent invoqué par les novateurs, n'abonde pas dans leur sens autant que tendraient à le faire croire certaines expressions de Marcadé, qui cherche à le tirer à lui, sachant de quelle valeur est l'autorité d'un tel maître. Il ne sera peut-être pas hors de propos de voir quel est au juste le sentiment de l'éminent doyen de la Faculté de Caen.

Constatons d'abord que son enthousiasme est très-modéré à l'endroit des discussions du Conseil d'État, où il confesse n'avoir pas aperçu cette vive lumière dont Marcadé reste ébloui. Au contraire, la question lui paraît obscure, le dessein du législateur impénétrable, à ce point qu'on ne saurait affirmer avec certitude lequel des deux systèmes a prévalu, lequel a obtenu force de loi et trouvé place dans la rédaction du Code civil.

« Distinguerez-vous, » dit-il, « entre le mariage *nul* ou non existant et le mariage existant mais *annulable?* » Là il renvoie à Zachariæ, t. III, p. 210, et à Marcadé, t. II, p. 105 et suiv. C'est bien le point en question; qu'en pense-t-il ? « Cette distinction aussi sera très-vraie, selon moi, mais sous la condition, à son tour, de ne pas se montrer trop exigeante, et de ne pas prétendre au développement rigoureux de toutes ses conséquences. Car encore bien qu'elle ait été plusieurs

fois reproduite et défendue dans le Conseil d'État, *il n'est pas très-sûr qu'elle s'y soit fait décidément reconnaître;* et, en tout cas, on peut affirmer que le Code civil, si tant est qu'il l'ait adoptée, ne l'a fait néanmoins qu'avec tant d'hésitations et d'obscurités, que ses interprètes semblent ne l'y avoir pas aperçue, ou vont même jusqu'à la méconnaître formellement (1). »

A ce langage bien autrement modeste que celui de Marcadé, on reconnaît la vraie science, mais une science malheureusement trop timide, faute de principes arrêtés. N'osant affirmer que le Code renferme la fameuse distinction ; sachant bien que de ses interprètes, les uns ne l'y ont pas vue, tandis que les autres nient formellement qu'elle y soit; n'ignorant pas non plus qu'elle est rejetée par les rédacteurs mêmes du Code, notamment par Maleville et Portalis, par les plus habiles jurisconsultes, tels que Delvincourt, Vazeille et Toullier, on pourrait croire que M. Demolombe se tiendra quitte vis-à-vis d'une opinion nouvelle, assez inutilement importée d'Allemagne par les traducteurs de Zachariæ et trop bruyamment préconisée par Marcadé pour être tout à fait vraie et tout à fait juste. Point du tout ; après ces préliminaires, le savant professeur distingue, lui aussi, des mariages nuls et des mariages *annulables*, et il traite des uns et des autres dans deux paragraphes conséeutifs, mais nous allons voir de quelle manière et si, à raison de cette complai-

(1) *Cours de Code civil*, t. III, n° 239.

sance, la nouvelle école peut à bon droit s'abriter sous l'autorité de son nom.

Le mariage nul, pour M. Demolombe, c'est un mariage impossible et invraisemblable, un vrai mariage de comédie, et qui n'a pas même cette apparence qu'il faut détruire, selon l'expression de Tronchet, dans les mariages entachés de nullité. C'est ainsi qu'il range dans cette catégorie le mariage qui serait contracté entre deux personnes du même sexe. Contre un tel mariage, le Code civil ne donne aucune action, parce que toute action est inutile.

Qu'est-ce donc enfin qu'un mariage *annulable ?* C'est un mariage atteint d'une nullité telle qu'elle a besoin d'être constatée et déclarée par le juge, lequel *annule* par sa sentence un acte qui n'avait de soi nulle valeur. Et M. Demolombe fait rentrer sous ce titre les mariages frappés des nullités de l'ancien droit, c'est-à-dire des empêchements dirimants de l'Église, si bien qu'il se retrouve, à peu de chose près, d'accord avec Pothier et la vieille école. Ce n'était donc pas la peine de tendre paternellement la main à l'école moderne et de lui offrir ces gages quelconques de cordiale entente dont elle est heureuse et fière de s'emparer.

C'était déjà trop, néanmoins, trop pour l'honneur et le respect des principes, qui ne souffrent pas ces atténuations et ces compromis. Pour admettre, si peu que ce soit, la nouvelle doctrine, il faut reconnaître que le mariage n'est pas absolument indissoluble, et que la perpétuité du lien conjugal peut dépendre de la sentence du juge, basée elle-même sur des appréciations

fugitives dont les nuances sont infinies. Faible garantie, il faut l'avouer, garantie vraiment illusoire, là où il s'agit de protéger un droit aussi sacré, une aussi grande et si sainte chose que le mariage.

Nous rejetons donc ce système comme contraire à l'indissolubilité du mariage ; nous le rejetons aussi parce qu'il fausse et dénature la notion de l'institution judiciaire, en attribuant au juge, en si grave matière, un pouvoir qui ne lui appartient pas même dans les cas ordinaires ; et nous renonçons au bénéfice tel quel qu'on pourrait tirer de ce système, pour dégager d'un lien, assurément très-incommode, et rendre à sa liberté première l'époux catholique dont le conjoint se refuserait obstinément à la célébration du mariage religieux. Le remède, ici, serait pire que le mal, et nous tenons qu'il n'est pas permis, si bon que le résultat puisse être, de le poursuivre en sacrifiant les principes et en faisant bon marché de la vraie doctrine.

Mais, on le conçoit, toute cette discussion, dont l'étendue a dépassé nos prévisions, vise plus haut et plus loin que Zachariæ ou Marcadé. En repassant sur les travaux du Conseil d'État, en recueillant les avis des légistes, des jurisconsultes contemporains, nous apprenons à connaître et à estimer au vrai l'esprit de notre législation matrimoniale. Ce qui ressort le mieux de cet examen, c'est qu'il s'en faut de beaucoup que l'inviolabilité de l'union conjugale y soit suffisamment respectée. Et comment en serait-il autrement ?

A l'époque où fut rédigé notre Code civil, on sortait des orages de la Révolution et des fanges du Direc-

toire; on travaillait sur un texte dont le premier projet datait de la Convention et qui était digne d'une telle origine; si le Conseil d'État voyait siéger dans son sein des jurisconsultes aux mœurs graves et aux principes austères, tels que Portalis, Tronchet et Maleville, il s'y trouvait aussi des hommes à tout faire, républicains de la veille et courtisans du lendemain. Ce n'étaient certes pas des législateurs inflexibles sur les principes que les Cambacérès, les Treilhard, les Réal, et l'on a déjà vu avec quelle édifiante docilité celui-ci se prêtait à traduire simplement la pensée du Premier Consul. Enfin le Premier Consul lui-même, qui voyait de loin, songeait dès lors au divorce; c'était sur le divorce qu'il fondait l'avenir de sa future dynastie, et les contemporains nous représentent l'infortunée Joséphine suivant avec anxiété les discussions du Conseil d'État, d'où allait sortir l'arrêt de sa destinée. Ce fut, en effet, le divorce qui prévalut et la loi entière, — quoi d'étonnant? — a dû se ressentir de cette regrettable et profonde atteinte infligée à l'indissolubilité du mariage.

A la Restauration, il n'y eut qu'une voix pour revenir aux saines traditions du droit chrétien; on résolut de rendre à l'union matrimoniale sa sainteté première, à la famille sa stabilité, son honneur. On crut sans doute faire quelque chose de grand et frapper les imaginations en opérant cette réforme par ces seuls mots: « Le divorce est aboli » (loi du 8 mai 1816). Ainsi le titre VI du Code civil était supprimé d'un trait de plume, le titre V restant tout entier le même. Étrange illusion du législateur de 1816 de croire qu'à l'aide

d'un seul changement, si considérable qu'il fût, il allait effacer les erreurs du passé et donner pleine satisfaction à la conscience catholique. Son imprévoyance égalait sa bonne volonté. La législation de 1803, ainsi remaniée, malgré son imposante symétrie, trahissait encore son origine; l'édifice péchait par la base.

CHAPITRE V.

DISCUSSION ENTRE MM. BATBIE ET DUVERGER.

Nous avons repoussé une jurisprudence favorable, en un certain sens, à notre cause, parce que cette jurisprudence ne tendait à rien moins qu'à exclure de la loi, par une interprétation subtile et peu sûre, ce qui doit en faire le fonds inviolable et sacré, le principe de l'indissolubilité du mariage.

Qu'on veuille bien se rappeler d'où nous sommes parti : d'un cas qui n'a rien d'imaginaire et qui a été diversement résolu par les tribunaux et par les légistes. Une jeune personne a épousé à la mairie un homme qu'elle a cru catholique, ou du moins assez accommodant en matière de religion pour vouloir bien ratifier devant le prêtre cet engagement purement civil. Mais celui-ci s'y refuse contre toute attente. Le mariage est-il valable? — Oui, dit Marcadé, mais il peut être annulé par le juge faisant application de l'article 180. Il y a erreur sur la personne.

A nos yeux, ceci est tout à fait inadmissible; ce serait le renversement de tous les principes sur l'indis-

solubilité du mariage, sur les causes de nullité et sur la nature même du pouvoir judiciaire, qui a pour fonction unique de déclarer le droit et d'être l'interprète et l'organe de la loi. Jamais, sous l'empire de l'ancien droit, aucun juge, soit ecclésiastique, soit séculier, n'a pensé qu'il lui appartînt de casser un mariage.

La doctrine si étrange et si nouvelle de l'*annulation* du mariage, empruntée par Marcadé à Zachariæ, trahit son origine protestante, et les catholiques auraient grand tort, n'importe pour quel motif, de la mettre chez nous en honneur et en crédit.

M. Batbie, qui repousse comme nous cette solution, y voit une nouvelle preuve de l'imperfection de la loi et un exemple frappant des tortures que les jurisconsultes lui infligent pour la rendre un peu moins oppressive. « Le vice de ces dispositions est tellement sensible, dit-il à ce sujet, que des jurisconsultes d'un incontestable mérite, par exemple M. Marcadé et M. Bressolles, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, ont décidé que le refus de procéder à la célébration religieuse, constitue un *cas de nullité pour erreur sur la personne*, cas prévu par l'article 180 du Code Napoléon. C'est encore un tour de force qui démontre l'insuffisance de la loi. Au lieu de torturer ainsi le sens des textes, rentrons dans la vérité et dans la simplicité : *Simplicitatem legibus amicam*. Reconnaissons qu'il n'y a là ni cause de nullité, ni cause de séparation de corps, et qu'il y a simplement motif de modifier une loi qui, par une réaction exagérée en fa-

veur de la liberté de conscience, a blessé cette liberté même (1). »

Ni cause de séparation, ni cause de nullité, tel est le dernier mot de M. Batbie; la nécessité de modifier une loi injuste et oppressive est donc évidente. Cette conclusion sera-t-elle facilement admise par les légistes de profession? On ne pouvait s'y attendre, et, de bonne foi, il nous semble que M. Batbie va un peu trop vite en besogne, qu'il est trop prompt à abandonner le texte de la loi et que, par une crainte excessive de le torturer, il n'en sait pas tirer tout le parti possible.

Voilà précisément ce qu'a fort habilement démontré M. Duverger, professeur de Code Napoléon à la Faculté de Paris, dans un écrit où il soutient que si le refus de célébration religieuse n'est pas une cause de nullité, c'est une cause légitime de séparation; jurisprudence qui a du moins l'avantage de n'être en aucune façon paradoxale et d'avoir été une ou deux fois appliquée par les tribunaux. Assurément, cette dernière solution n'est pas aussi tranchée que celle de Marcadé; elle laisse beaucoup à désirer, puisque la personne séparée ne rentre pas en possession de toute sa liberté et qu'un nouveau mariage lui est interdit. Le résultat, au total, n'est pas triomphant, mais il est légal.

Il me semble, quant à moi, que M. Duverger, en opposant à son collègue un pareil système de défense, est parfaitement en règle avec les textes et avec la logique. C'est bien quelque chose.

(1) *Révision du Code Napoléon*, p. 3, note.

Renfermons-nous donc un instant, avec les deux savants professeurs, dans le cercle étroit de la légalité. Réduite à ces termes, la question est d'un intérêt secondaire, mais actuel et pratique. Nous ne sommes pas bien sûrs d'obtenir la révision du Code, que réclame M. Batbie et que les catholiques appellent de tous leurs vœux; en attendant, il importe de savoir si les personnes que des circonstances malheureuses auraient engagées dans les liens d'un mariage purement civil, n'ont rien à espérer des lois et si leur situation est sans issue. Plus tard nous reporterons la discussion sur un terrain plus vaste et nous l'éclairerons de toutes les lumières du dogme et de la théologie catholique.

M. Duverger nous le fait remarquer en commençant, le débat n'est pas nouveau; une brochure de M. Sauzet, publiée en 1853 (1), l'avait déjà soulevé.

« La loi qui réduit le mariage à un contrat civil, avait dit M. Sauzet, efface Dieu et sacrifie les consciences.... Après les paroles de l'officier de l'état civil, le mariage est tenu pour consacré; et si la jeune et timide vierge attend une autre sanction pour cet irrévocable changement de sa destinée.... on pourra se rire impunément de ses scrupules.... Pour autoriser la séparation, il faudrait trouver des magistrats qui voulussent méconnaître leurs devoirs de juges et n'obéir qu'à leurs consciences d'hommes en mettant les mœurs au-dessus des lois. »

(1) *Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie.*



Or, un jurisconsulte de quelque valeur et dont la mort a laissé de vifs regrets aux justes appréciateurs de ses travaux, M. Coin-Delisle, s'émut de cette censure de la loi française, et il s'attacha à démontrer, dans la *Revue critique*, que non-seulement la force des mœurs, mais encore les dispositions combinées des lois civiles s'opposaient au scandale dénoncé par M. Sauzet. « L'attaque recommence, ajoute M. Duverger, recommençons la défense (1). »

Cette défense est d'un homme qui connaît parfaitement son Code et qui l'aime; c'est tout naturel chez un professeur et bien préférable au parti pris de critiquer la loi dont il est l'interprète. On doit d'ailleurs toujours supposer que le législateur est raisonnable et qu'il ne veut pas sacrifier les droits de la plus stricte justice. Mettez-le d'accord avec lui-même, tant que vous pourrez. Il proclame la liberté de conscience; n'allez pas lui prêter l'intention d'opprimer cette même liberté. Il érige le Concordat en loi de l'État; c'est sans doute qu'il autorise tout citoyen français à vivre en catholique romain et à prendre pour règle de sa conduite les décisions de l'Église. Tout ce que vous pourrez alléguer à l'encontre ne prouvera qu'une chose, à savoir que vous ne prenez de la loi que la lettre et que vous en méconnaissez l'esprit. Or *la lettre tue*, a dit l'A-

(1) *Études de législation*. Observations sur le Mémoire de M. Batbie intitulé : *Révision du Code Napoléon;* par A. Duverger, professeur de Code Napoléon à la Faculté de Droit de Paris. Cet opuscule avait paru en articles dans la *Revue critique de législation* (1867), où l'on trouvera aussi la réponse.

pôtre, *mais l'esprit vivifie;* ce qui n'est pas moins vrai de la loi humaine que de la loi divine. L'une et l'autre réclament des interprètes qui, sachant s'élever jusqu'à la pensée du législateur lui-même, ne lui prêtent que des vues et des intentions dignes de lui.

« En fait, dit M. Duverger, l'oppression prétendue n'est pas possible.

« Je suppose d'abord que la femme répond à la demande ou à la sommation du mari de la suivre au domicile conjugal, qu'elle s'y refuse et qu'elle s'y refusera tant que le mariage religieux n'aura pas été célébré.

« Le mari s'adresse à la justice, il allègue que le lien du mariage est formé et que, par suite, l'article 214 du Code Napoléon oblige sa femme d'habiter avec lui.

« Mais la femme objecte que son mari lui doit protection, article 213, et que l'article 214 ne permet au mari d'exiger de sa femme qu'elle le suive au domicile conjugal qu'autant qu'il remplit lui-même ses obligations conjugales (1).

« La femme dira :

Si le ciel t'a fait roi, c'est pour me protéger.

« Protéger, ce n'est pas seulement mettre à l'abri

(1) Il importe que le lecteur ait sous les yeux le texte même de la loi :

« 213. Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

« 214. La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fourntr tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. »

des coups et des injures, c'est aussi faire respecter la dignité et la liberté.

« Vous ne me protégez pas, vous m'opprimez... quand vous méconnaissez chez moi le premier de tous les droits, celui d'honorer Dieu.

« Me recevoir au domicile conjugal, me fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie.... comme vous y oblige l'article 214, ce n'est pas seulement me loger, me vêtir, me nourrir selon vos facultés et votre état ; c'est aussi, et principalement, me faire une existence que je puisse accepter sans sacrifier mon honneur. »

La femme, ajoute M. Duverger, aura pour elle la jurisprudence ; et il cite un arrêt de la Cour de cassation ainsi motivé : « Attendu que si l'article 214 du Code Napoléon impose à la femme l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, cette obligation est subordonnée à la condition que celui-ci lui fournira tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état ; attendu que par ces dernières expressions le législateur n'a pas borné sa sollicitude aux besoins matériels de la vie, *mais qu'il a entendu protéger également la dignité et la sécurité de la femme....* rejette. » Dans l'espèce, le domicile du mari étant le même que celui de ses père et mère, la femme y était en butte à des contrariétés qui lui rendaient la vie commune intolérable ; et la Cour suprême approuve l'arrêt de la Cour de Dijon, déclarant qu'il n'y a rien d'injurieux pour le mari dans le refus de cohabitation que sa femme

lui oppose. (Arrêt de la Cour de Dijon du 4 janvier 1860. — Req. rej., 20 nov. 1860 (Appert). — Devill. et Car., 1861, I, 965.)

M. Duranton décide que « la femme ne sera point tenue de résider dans une maison où ses regards seraient blessés par des actions qui outragent la morale; » qu'elle pourra, sans faire prononcer la séparation, opposer à la demande de réintégrer le domicile conjugal une fin de non-recevoir dont les juges apprécieront le mérite suivant les circonstances. (T. II, n° 437.) M. Demolombe dit à son tour : « Le mari ne peut exercer le droit qui lui appartient de rappeler sa femme près de lui que sous la condition de remplir le devoir corrélatif que la loi lui impose de la recevoir selon ses facultés et son état; » et l'éminent professeur, non moins préoccupé de la dignité de la femme que de son bien-être matériel, ajoute que le mari devrait être déclaré, quant à présent, non recevable, « lors même qu'il aurait une demeure extérieurement convenable, s'il s'y passait des choses qu'une femme qui se respecte ne puisse pas supporter; comme si, par exemple, le mari se livrait à quelque profession honteuse... » (T. IV, n° 95.)

M. Dalloz reproduit la même doctrine (*Répertoire*, v° *Mariage*, n° 749), et il cite à l'appui un jugement du tribunal de Senlis du 7 octobre 1815, « d'après lequel l'habitation dans laquelle la femme a été victime d'un attentat commis sur sa personne par son beau-père, et à la suite duquel sa vie a été en danger, ne peut être considérée comme domicile convenable, dans le

sens de l'article 214 du Code civil, encore bien que l'auteur de l'attentat soit décédé, si d'ailleurs il est reconnu que cette habitation, devant rappeler à chaque instant des souvenirs qu'il est dans l'intérêt des deux parties d'effacer autant que possible, pouvait réveiller des impressions nuisibles à la santé de la femme (aff. de Pontalba). » M. Troplong approuve cette décision. (*Commentaire du titre du contrat de mariage*, t. I, n° 58 et note 4.)

Mais on objectera peut-être la doctrine de MM. Aubry et Rau? Ces éminents professeurs enseignent que « le juge ne peut, sous aucun prétexte, dispenser la femme non séparée de corps du devoir d'habiter avec son mari; qu'il peut seulement, tout en la condamnant à l'accomplissement de ce devoir, ordonner, s'il y a lieu, qu'elle n'y sera contrainte que *lorsqu'on lui offrira un logement convenable à sa position.* »

« — Pour moi, » répond M. Duverger, « ces derniers mots, *un logement convenable à sa position*, ne sauraient signifier : le seul cas où le juge puisse dispenser la femme, non séparée de corps, de suivre son mari au domicile conjugal, est celui où le logement du mari n'est pas matériellement en rapport avec la position des époux. Quoi ! la loi aurait permis au juge d'écouter la femme qui ne veut pas être mal logée, et lui aurait défendu d'écouter celle qui ne veut pas être déshonorée ! Jamais cette interprétation ne prévaudrait devant la justice française.

« — Mais ce n'est pas imposer le déshonneur à la femme que de la forcer à cohabiter après le mariage

civil, avant le mariage religieux! Vous n'avez pas le droit, tant que la loi ne subordonnera pas la formation du lien à la bénédiction nuptiale, de juger au point de vue religieux la question d'honneur et de dignité.

« — J'espère démontrer, » réplique M. Duverger, « que la loi a entendu sauvegarder les droits religieux de la femme. En attendant, j'ai du moins le droit de juger la question d'honneur et de dignité d'après l'opinion des honnêtes gens, d'après ce que la loi appelle les *bonnes mœurs* dans les articles 6, 1133, 1172 du Code Napoléon. » Dans nos mœurs, tout imprégnées de respect pour la religion, une femme satisfait à l'opinion non moins qu'à sa conscience lorsqu'elle refuse de reconnaître pour légitime et honnête l'union que les bénédictions de l'Église n'ont pas consacrée.

L'article 214, fait encore observer le savant professeur, autorise la femme à refuser de suivre son mari dans une habitation qui ne serait pas en rapport avec la position des époux. La femme n'est pas obligée de sacrifier, sur ce point, ses convenances particulières à la bizarrerie ou à l'avarice de son mari. Partant de là, M. Duverger s'adresse en ces termes à son honorable collègue : « Vous accusez la loi d'avoir permis « l'oppression » du conjoint trompé dont les convictions religieuses s'opposent à la cohabitation avant la bénédiction nuptiale. De deux choses l'une : ou vous oubliez que l'article 214 protége la liberté de la femme, ou vous pensez que cette disposition défend, il est vrai, d'opprimer la femme en logeant dans une mansarde

celle qui peut et qui veut habiter un hôtel, mais qu'elle permet d'opprimer la femme qui ne veut pas renoncer à ses convictions religieuses! Telle ne peut être la loi française. Elle n'est pas faite contre le droit ; ce qui serait si quelqu'un de ceux qu'elle régit, homme, femme ou enfant, pouvait être déshonoré ou opprimé en vertu de ses dispositions. »

M. Duverger ajoute ici une réflexion à laquelle nous ne pouvons qu'applaudir. Nous craignons fort toutefois que quelques-uns de ses collègues, à cheval sur la légalité, ne trouvent que c'est beaucoup forcer le sens de l'article 214, dont les termes, invoqués par lui, s'appliquent exclusivement à la femme. « Il va de soi, dit-il, que la dignité et la liberté doivent être protégées chez l'homme comme chez la femme. Le mari pourrait donc refuser de recevoir la femme qui ne voudrait plus demander à l'Église la consécration du mariage. Qu'on pardonne aux exigences de la logique l'hypothèse d'une femme infidèle à sa religion. »

Enfin il se croit autorisé à conclure avec M. Coin-Delisle : « Tous les magistrats, tous sans exception, en obéissant à leur conscience judiciaire, protégeront la femme, empêcheront le rapt prétendu légal et permettront à la femme de résider chez ses parents jusqu'à ce que cette fougue tyrannique s'évanouisse par la réflexion. »

A tout cela, que répond M. Bathie ? — Peu de chose en vérité. Il réclame des textes précis et formels où les droits de la femme, en pareil cas, soient expressément garantis. « Montrez-moi, dit-il, une disposition qui

tienne un compte quelconque de la célébration religieuse. »

Nous trouvons avec M. Duverger que c'est être étrangement esclave de la lettre. Quoi! au lieu de protéger sa femme, comme c'est son devoir, le mari lui fait subir ce que vous regardez vous-même comme une cruelle oppression, et parce que la loi n'a pas énoncé ce cas en particulier, non-seulement vous fermez l'oreille aux réclamations de la victime, mais vous vous rangez du côté du persécuteur et vous lui prêtez main-forte! Voilà des scrupules que je ne comprends pas et qui rendent odieux et absurde le rôle du magistrat, obligé de prononcer contre sa raison et sa conscience. « Montrez-moi, » dit à son tour M. Duverger, « une disposition qui autorise la femme à remplir ses devoirs religieux malgré la défense formelle que lui en a faite son mari; citez un texte qui donne à la femme malade, mourante peut-être, le droit de recevoir dans la maison conjugale, malgré son mari, le prêtre qui lui apporte les sacrements! Vous ne trouverez pas dans le Code d'autres textes applicables que les articles 213 et 214. Et cependant s'il se rencontrait un mari capable d'interdire l'entrée de sa maison au ministre de la religion appelé par sa femme mourante, vous-même, mon cher collègue, juge des référés, vous ordonneriez sur minute, je ne puis le mettre en doute, d'introduire le prêtre auprès de la femme malgré le mari. »

Et là-dessus il s'élève avec chaleur contre cette manie de demander des textes et toujours des textes pour reconnaître les droits les plus évidents, les plus pro-

fondément empreints dans la conscience, les droits qui font partie de l'esprit de la loi si elle est juste, si elle est, comme elle doit l'être, l'expression du droit naturel. Il rappelle ces grands principes proclamés par Portalis lui-même devant le Corps législatif, au moment où il proposait à son examen et à sa sanction le projet du Code Napoléon : « — Que l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences.... que c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ; — que de là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation. »

En ceci, Portalis voyait juste, beaucoup plus juste que Napoléon qui, comme nous l'avons dit en commençant cette étude, prétendait tout renfermer dans la lettre de son Code et rendre désormais inutile tout autre « supplément de législation. » Il n'a malheureusement que trop réussi, par sa rigoureuse codification, à supprimer cette grande et libérale jurisprudence qui s'inspire non-seulement de la loi écrite, mais encore des données du droit éternel, de ce que les anciens appelaient : *lex insita, non scripta*. Que de

fois, pour justifier de véritables iniquités soi-disant légales, n'avons-nous pas entendu invoquer ce triste adage : *Dura lex, sed lex*. Si la loi est juste, d'accord; qu'elle soit d'un difficile et dur accomplissement, ce n'est pas une raison pour l'abandonner. Mais si elle est injuste, laissez-moi la rejeter, car le bon sens ne proclame pas moins haut cette autre maxime trop oubliée de nos jours : *Lex injusta non est lex*. Non, une loi injuste n'est pas une loi, pas plus qu'un usurpateur n'est un prince légitime; et dans le cas nullement chimérique, hélas ! où la loi écrite est en opposition formelle et flagrante avec la loi divine, malheur au magistrat qui, par d'inconcevables scrupules, balancerait entre l'une et l'autre ! L'ancienne magistrature française savait cela, parce qu'elle était chrétienne, et ces généreuses convictions lui étaient une garantie d'indépendance que l'ingénieux mécanisme des institutions modernes n'a pas remplacée. Jamais les Molé, les Séguier et les Lamoignon n'auraient eu de certaines complaisances dont sont capables, de nos jours, des hommes pleins d'honneur et de droiture en tout ce qui tient à la vie privée, mais peu accoutumés à prendre avant tout conseil de leur conscience dans l'exercice de leur noble profession. Ce n'est pas à ces grands magistrats, l'une des plus pures gloires du XVIIe siècle, que l'on eût persuadé qu'il faut prêter main-forte à un acte d'inqualifiable oppression, parce que la loi le veut ainsi, ou que du moins elle est muette et n'a pas un mot dont on puisse se prévaloir pour venir en aide à l'opprimé.

M. Duverger est donc dans le vrai, nous n'en doutons pas, et il fait œuvre utile et méritoire en réagissant de toutes ses forces contre ce formalisme étroit qui a trop longtemps dominé dans l'interprétation du Code et qui, grâce à Dieu, disparaît de jour en jour, moins peut-être par un véritable retour aux immuables et souveraines maximes du droit, que par une sorte de nécessité et par le besoin universellement senti de mettre la loi plus en harmonie avec les mœurs et la conscience publique.

S'il faut absolument des textes, l'éminent professeur le prouve encore, nous n'en manquons pas. Nous avons le Concordat, promulgué comme loi de l'État en 1802, l'année même qui a précédé la promulgation du Code civil, et Portalis a été le rapporteur convaincu et en grande partie l'auteur de l'une et l'autre loi. « Il est impossible d'admettre entre ces deux lois une contrariété de vues manifeste. Or il est certain, d'une part, que le Concordat a été fait pour assurer aux Français la jouissance des biens spirituels, et, d'autre part, que parmi ces biens spirituels figurait le sacrement de mariage. Dès lors, est-il admissible que le Code civil ait entendu, à la même époque, permettre au mari de priver la femme d'un bien religieux tel que la bénédiction nuptiale ? On arriverait à des conséquences qui feraient reculer les partisans les plus fanatiques de l'autorité maritale. »

Ce n'est pas tout. Après avoir invoqué la protection des articles 212 et 218 du Code Napoléon, la femme pourrait encore, selon les circonstances, trouver sub-

subsidiairement un second moyen légal de défense, en réclamant la séparation de corps pour injure grave. Telle est, au témoignage de M. Duverger, la doctrine la plus générale, enseignée, notamment, par M. Demolombe et consacrée par l'arrêt déjà mentionné de la Cour d'Angers. Mais elle est vivement combattue par M. Batbie qui la repousse en ces termes : « J'admire le tour de force par lequel la jurisprudence de la Cour d'Angers et l'éminent jurisconsulte de Caen ont trouvé là un cas de séparation pour *injure grave*. A moins que les termes n'aient perdu leur sens naturel, je ne vois rien d'injurieux dans ce refus si le conjoint qui refuse ne l'a pas accompagné de faits propres à lui donner ce caractère ; or ce refus pourrait être fait de la manière la plus respectueuse. Supposons que le mari dise en refusant : « J'avais trop présumé de mes forces, et le « désir d'être uni à vous m'avait décidé à passer sur « toutes les exigences de la religion ; mais aujourd'hui « j'ai réfléchi, et il m'est impossible de participer à « une cérémonie que mon incrédulité profanerait. » Comment voir une injure grave dans un refus qui serait motivé en ces termes ? »

« — L'injure, » répond M. Duverger, « peut se cacher sous des mots respectueux, l'ironie peut s'envelopper sous une phrase polie. Le juge ne s'arrêtera pas à la forme du refus, il en pénétrera le fond, c'est-à-dire l'intention. *Sermo rei, non res sermoni subjicitur.* Il est d'ailleurs de doctrine certaine et de jurisprudence constante que l'injure *réelle*, celle qui résulte de faits constituant une marque de mépris, n'est pas

moins que l'injure verbale une cause de séparation. »

— Mais le mari n'a pas voulu outrager la femme, et en manquant à la promesse qu'il a faite de recevoir la bénédiction nuptiale, il obéit à un scrupule tardif, mais sincère.

— Dans cette hypothèse, répond M. Duverger, si le mari n'emploie ni l'obsession ni la persécution pour triompher de la résistance de la femme, j'en tombe d'accord avec M. Batbie, la séparation ne peut être prononcée pour injure grave. Singulière situation ! Deux époux pourront donc vivre indéfiniment éloignés l'un de l'autre, sans que l'un ni l'autre soit fondé à faire prononcer la séparation ! Mais nous sommes là un peu dans le domaine de l'invraisemblable. Rarement le refus de la bénédiction nuptiale tient à des scrupules sincères ; il est plutôt inspiré par un système de tyrannie qui, portant le mari à des voies de fait, fournira au juge un motif légitime de prononcer la séparation de corps.

Voilà tout le fond et la substance de cette discussion entre les deux professeurs de la Faculté de Paris. Nous nous sommes borné jusqu'ici au rôle de rapporteur ; maintenant nous ajouterons que l'argumentation de M. Duverger nous semble irréfutable, et nous pensons que la plupart de nos lecteurs, rien que sur cet exposé sommaire, n'hésiteront pas à lui adjuger gain de cause.

L'arrêt de la Cour impériale d'Angers vient d'ailleurs à l'appui de sa doctrine sur l'un et l'autre chef, et sur

les droits garantis à la femme par les articles 212 et 214 du Code Napoléon, et sur la qualification d'*injure grave* appliquée à la conduite du mari qui exige tyranniquement de celle dont il veut faire sa compagne le sacrifice absolu des plus légitimes scrupules de sa conscience. Le fait sur lequel a prononcé la Cour d'Angers est une preuve assez palpable de l'imperfection de la loi et mérite une place à part dans nos fastes judiciaires. Deux époux se sont mariés en 1813 devant l'officier civil. Il n'a pas été procédé à la célébration religieuse, et ils ont vécu séparés de fait et complétement étrangers l'un à l'autre. En 1858, — quarante-cinq ans après ! — la femme, devenue infirme et pauvre, veut se réunir à son mari et lui fait sommation de la recevoir au domicile conjugal, après toutefois que leur union aura été consacrée par la religion. Le mari déclare consentir à recevoir sa femme; mais il se refuse à la célébration religieuse du mariage qui, dit-il, à l'âge où ils sont arrivés, serait sans but et constituerait une profanation. De son côté, la femme, regardant comme un état honteux la cohabitation sans bénédiction nuptiale, forme contre le mari une demande en séparation de corps pour injure grave. Cette demande est rejetée par le tribunal de Mayenne. Mais la Cour d'Angers, statuant en appel sur ce jugement, le réforme et prononce la séparation (1).

(1) Quelques-uns des *considérants* de cet arrêt sont remarquables :
« Considérant qu'à l'audience de la Cour, en présence de L..., il a été hautement déclaré en son nom qu'il se refusait formellement et se refuserait toujours à la célébration du mariage religieux ré-

Dans un cas semblable le tribunal de Trèves avait reconnu : « que, d'après l'opinion prédominante dans

clamé par sa femme; considérant que, par de telles prétentions, L.... méconnaît les obligations et devoirs que lui impose l'article 214 du Code Napoléon; *qu'il refuse, en y mettant des conditions inadmissibles, de recevoir sa femme au domicile conjugal*, et porte en même temps atteinte à sa dignité de femme et à sa liberté de conscience; que c'est la placer entre la misère, résultat d'un abandon qui n'a duré que trop longtemps, *et l'acceptation d'une position pire encore, la cohabitation sans mariage religieux, que repoussent sa conscience et le sentiment de ses devoirs comme femme attachée à sa religion....*

« Considérant que le refus persistant de L..., *cette alternative à la fois outrageante et inacceptable* (de demeurer séparés de fait ou de se réunir sans qu'il y ait eu bénédiction nuptiale), *constituent une injure grave de nature à entraîner la séparation;* qu'on ne saurait admettre avec les premiers juges que la prétention de la dame L.... est tardive; que les droits et les devoirs du mariage sont imprescriptibles, et qu'il n'est jamais trop tard pour demander et obtenir la réparation d'un tort ou d'une faute qui y porterait atteinte;

« Considérant encore qu'il est impossible d'accueillir, comme l'ont fait les premiers juges, les appréciations de L..., quant au mariage religieux demandé par sa femme et qu'il refuse parce qu'il le considère désormais comme sans but et comme une profanation; que l'on doit voir, au contraire, dans l'expression de pareils sentiments, un outrage de plus et une aggravation de l'injure, puisque la loi civile admet et que l'Église consacre le mariage, quelque avancé que soit l'âge des contractants; que loin de constituer une profanation, de telles unions, qui font cesser des situations irrégulières, sont plutôt un hommage rendu à la morale, et pour la foi religieuse une juste réparation. » (Devill. et Car., 1859, 2, 77.)

Si ces considérants sont d'un grand poids lorsque, comme dans l'espèce, la femme est demanderesse, on conçoit qu'ils valent *a fortiori* lorsqu'elle est défenderesse et qu'il s'agit de la protéger contre les prétentions tyranniques de l'homme qui, ayant surpris son consentement, veut la soumettre à la plus odieuse contrainte.

les classes ouvrières de la province rhénane, c'est réellement commettre une injure grave contre l'épouse que de refuser de faire consacrer le mariage par l'autorité ecclésiastique, parce que ce refus appelle sur la femme le mépris public(1).... »

Ainsi, le tribunal de Trèves n'aurait pas vu dans ce fait une *injure grave* si les époux n'eussent pas appartenu à la classe ouvrière. Singulière justice qui dépend du rang et de la condition sociale ! La foi étant moins vive dans les hautes régions, et sans doute les mariages mixtes plus fréquents, il sera facile d'y braver l'opinion, quel que soit d'ailleurs l'outrage infligé à la morale.

A la jurisprudence de la Cour d'Angers, inspirée par les meilleurs sentiments, et à celle un peu moins favorable du tribunal de Trèves, on pourra d'ailleurs opposer un arrêt de la Cour de Montpellier qui a renvoyé de la demande un mari que sa femme poursuivait afin de le faire condamner à lui payer une pension alimentaire, tant qu'il se refuserait à la cérémonie religieuse. « Le mariage, » dit cette Cour, « est, en droit, *un pur contrat civil*, lequel existe complétement dès que la célébration devant l'officier de l'état civil a eu lieu; les parties peuvent ensuite faire célébrer leur mariage religieusement, selon tel rit religieux et devant tel ministre du culte que bon leur semble, mais cette célébration religieuse a lieu tout à fait en dehors de la loi civile qui ne s'en est point occupée et qui n'accorde

(1) Jugement de.... 1845. Devill. et Car., 1847, 2, 420.

point d'action aux parties pour se contraindre réciproquement à y procéder (1).... »

« L'arrêt de la Cour de Montpellier, » observe M. Duverger, « ne fera pas jurisprudence. » Nous le souhaitons comme lui ; qui pourrait toutefois nous le garantir? Que le vent de l'opinion vienne à tourner, on verra d'étranges revirements dans la jurisprudence, particulièrement en cette matière. Sommes-nous même bien sûrs, à l'heure qu'il est, de l'empressement des tribunaux à suivre l'exemple de la Cour d'Angers plutôt que celui de la Cour de Montpellier? Ne nous hâtons pas de dire que tout est pour le mieux.

Et puis, a-t-on réfléchi à la situation pénible, pour ne rien dire de plus, qui est faite à l'époux séparé, alors même qu'il obtiendrait des aliments, des compensations pécuniaires? Condamné pour la vie à l'isolement, jamais il ne goûtera les joies de la famille, auxquelles il aspirait ; ce que le religieux, le prêtre s'impose volontairement et par choix, deviendra bon gré mal gré son partage. Plaise à Dieu qu'il fasse de nécessité vertu et garde intact jusqu'à la fin l'honneur d'un célibat auquel il n'était pas destiné ! La loi qui le met à si rude épreuve, est-elle juste, est-elle suffisamment prévoyante ? S'il s'en va demander à l'étranger la liberté que son pays lui refuse, ce n'est pas moi qui le blâmerai et qui chercherai à inquiéter sa conscience en opposant à un droit naturel et certain un fantôme de légalité.

(1) Arrêt du 4 mai 1847 (Roques). — Devill. et Car., 1847, 2, 418. Cf. Duverger, *Études de législation*, p. 13.

CHAPITRE VI.

QUE PENSER DE LA RÉFORME PROPOSÉE PAR M. BATBIE.

La jurisprudence de la Cour d'Angers n'est donc, en fin de compte, qu'un palliatif. M. Duverger, qui lui apporte l'appui d'une érudition de bon aloi et d'une argumentation vive et pressante, en convient lui-même tout le premier, et il n'exagère pas à plaisir les services qu'elle peut rendre à la cause catholique en ce qui concerne l'institution du mariage; toutefois, contrairement à M. Batbie, dont il combat les tendances novatrices, il ne croit pas que notre législation appelle, ni que l'*état* des mœurs et de l'opinion comporte, à l'heure qu'il est, une réforme sérieuse et véritablement efficace (1).

(1) Voici comment s'exprime le savant professeur : « En attendant que la solution du problème ait été trouvée, ne cessons de répéter que le Code civil n'autorise pas le mari à exiger la cohabitation avant la bénédiction nuptiale. Sans doute, le refus par les tribunaux des moyens de contrainte et le jugement de séparation de corps, s'il y a lieu de le prononcer, ne sont que des palliatifs. Ils ne mettent pas fin au malheur de l'époux religieux, puisqu'ils ne le dégagent pas des liens du mariage, mais ils empêchent « l'oppression, » et c'est l'essentiel. » (*Études de législation*, p. 42.)

« Quoi! dira-t-on, pas même la modeste réforme proposée par M. Batbie? Une réforme qui n'impose de contrainte à personne et qui laisse entièrement facultatif l'usage du mariage religieux? En quoi, s'il vous plaît, porterait-elle atteinte à la liberté de conscience? S'engage qui veut; mais un engagement en si grave matière doit être pris au sérieux, et il est tout simple que la loi le rende obligatoire. Quel mal pourrait-il en résulter? Aucun, puisque la liberté de tous serait respectée et que l'oppression, dont l'un des époux est quelquefois victime, serait désormais impossible. »

Si spécieuse que soit cette argumentation, elle ne nous a pas convaincu, et, là encore, tout nous porte à donner raison à l'habile contradicteur de M. Batbie. Pour mettre le lecteur à même de se prononcer en connaissance de cause, nous allons résumer d'une manière très-sommaire toute cette partie de la discussion, non sans laisser plus d'une fois la parole à chacun des doctes professeurs.

« Je voudrais, » avait dit M. Batbie formulant pour la première fois son projet de réforme, « je voudrais que, devant l'officier de l'état civil, les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. Si non, le mariage civil sera définitif; si oui, la loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse. Ainsi se concilierait le droit individuel avec l'intérêt général, et satisfaction serait donnée à la liberté de conscience d'une manière pleine. Ainsi disparaîtrait une oppression qui ne sera, j'en conviens, que fort rare, mais qui

est possible et qui serait assurément cruelle pour ceux qui auraient le malheur de se trouver dans l'exception (1). »

On a prié M. Batbie de préciser mieux encore sa proposition; car, ainsi qu'on le lui a fait remarquer, pour qu'elle atteigne le but, il faut que l'officier de l'état civil interpelle les futurs époux sur leur intention relativement au mariage religieux. — L'auteur du projet de *Révision* reconnaît que cette interpellation est nécessaire, et voici comment il formule le nouvel article 75 du Code Napoléon :

« Le jour désigné par les parties après les dé-
« lais des publications, l'officier de l'état civil, dans
« la maison commune, en présence de quatre té-
« moins.... demandera aux futurs époux s'ils ont
« l'intention de célébrer leur mariage suivant les rites
« de leur religion et veulent subordonner la perfection
« du mariage à cette célébration. Leur réponse sera
« mentionnée dans l'acte de mariage (2). »

« Ainsi, » dit à son tour le collègue de M. Batbie, « les futurs époux seront dans la nécessité de déclarer devant le magistrat s'ils ont ou s'ils n'ont pas de foi religieuse. L'obligation de faire cette profession publique peut-elle se concilier avec le principe de liberté de conscience dont mon savant collègue veut compléter la garantie? »

Pour notre compte, cette considération nous touche

(1) *Révision du Code Napoléon*, p. 8-10.

(2) Voyez Demergue, *Études de législation*, p. 110.

peu. Un mariage se célèbre généralement avec une assez grande publicité pour que les époux ne fassent pas mystère des conditions religieuses dans lesquelles il s'accomplit. Aucun catholique ne rougira de déclarer qu'il compte bien recevoir la bénédiction nuptiale, et, dans l'état actuel des mœurs, je doute que le plus timide des solidaires se trouvât véritablement gêné par l'interpellation de l'officier civil. L'acte de mariage énoncera donc, pour cette classe de personnes, la réponse des parties, qu'elles ne subordonnent pas la perfection du mariage à la bénédiction nuptiale.

« Ainsi, » ajoute M. Duverger, « le registre des mariages contiendra la preuve que lesdits époux n'appartiennent à aucune communion religieuse. Triste monument de famille! Les Français seront distingués, par les actes de l'état civil, en personnes professant un culte et personnes n'en professant pas! » C'est vrai; mais, la distinction existant de fait, ce n'est pas si grand mal qu'elle soit constatée par les registres et que chacun soit forcé d'avoir jusqu'au bout le courage de ses convictions. D'ailleurs, on pourrait adopter les sages mesures que l'habile critique suggère par manière d'amendement : « ajouter que les époux de la seconde catégorie pourront toujours déclarer devant l'officier de l'état civil qu'ils ont célébré le mariage religieux, et demander que mention de cette déclaration soit faite en marge de l'acte de mariage, etc. »

Un autre inconvénient bien autrement grave, c'est que cette mesure fermerait, pour ainsi dire, la porte au repentir, ou du moins priverait de tout recours légal

celui des époux qui, s'apercevant le premier de sa faute, voudrait la réparer et sortir à tout prix de cet état criminel : « Le mariage civil a été célébré comme définitif. Mais la femme est à peine sortie de la salle des mariages qu'elle est saisie de remords d'avoir abandonné sa religion. On conviendra que ce remords est moins suspect que le scrupule du mari dans l'hypothèse sur laquelle j'ai raisonné longtemps avec mon honorable collègue. Vainement, me semble-t-il, la femme demandera protection contre son mari qui refuse de l'accompagner à l'église, au temple ou à la synagogue, et qui la somme de le suivre au domicile conjugal. Les juges seront tenus de donner au mari les moyens de contrainte, lorsqu'il les réclamera en vertu de la convention expresse ou tacite qui aura précédé le mariage civil et que la loi aura ratifiée. Aujourd'hui du moins une pareille convention n'est pas reconnue par le Code, et dès lors ne saurait enlever au juge le pouvoir de protéger la femme dont le repentir lui paraît sincère. »

Mais ce n'est pas le seul embarras qui peut naître de ce « mariage en trois actes, » comme l'appelle spirituellement M. Duverger; mariage célébré une première fois, mais d'une manière conditionnelle, devant l'officier de l'état civil, une seconde fois devant le ministre du culte, mais ne devenant définitif et n'obtenant tous ses effets que lorsque cette seconde célébration aura été déclarée et mentionnée sur les registres de l'état civil. On conçoit les complications sans nombre auxquelles donnera lieu un pareil système en

cas d'événements imprévus, tels que la mort survenue dans l'intervalle des deux célébrations, l'abandon après la seconde et avant l'inscription au registre de l'état civil, etc.; tout ceci est développé avec beaucoup de compétence dans les *Études de législation,* et nous ne saurions mieux faire que de renvoyer les lecteurs, qui voudront s'éclairer, à ce judicieux et savant écrit (1).

Enfin, difficulté plus grave encore, le mariage religieux a été célébré et mention de cette célébration faite sur le registre de l'état civil, lorsqu'on vient à découvrir que ce prétendu mariage est nul aux yeux de l'Église, par suite d'un empêchement canonique; les époux devront-ils se contenter de la formalité accomplie, ou bien auront-ils quelque recours devant les tribunaux pour faire casser au civil un mariage revêtu de toutes les conditions légales qui le rendent définitif? M. Batbie a très-bien compris qu'alors le juge séculier devrait accepter les décisions d'une juridiction ecclésiastique, et que ce serait revenir à un régime totalement disparu depuis 89, chose impossible, a-t-il dû penser. En conséquence, il n'a point hésité à modifier comme il suit l'article 76 de son Code réformé :

« Si les parties ont déclaré subordonner la perfec-
« tion du mariage à la célébration religieuse, l'acte de
« mariage ne sera parfait que par la mention de cette
« célébration en marge du registre. *Cette mention faite*
« *sur la réquisition des parties emportera renonciation*

(1) Voyez *Études de législation*, p. 117 et suiv.

« *à toute nullité fondée sur les usages et règlements en* « *matière de célébration religieuse.* »

Renoncer à toute nullité fondée sur le droit canonique, en d'autres termes, se regarder comme valablement marié quoiqu'on sache bien qu'on ne l'est pas aux yeux de l'Église, voilà ce qu'on propose aux époux chrétiens pour mettre fin à leurs scrupules! M. Duverger n'a pas de peine à démontrer que ce n'est point là donner « pleine satisfaction » à la conscience catholique, ainsi qu'on l'avait promis, et nous nous unissons à lui de grand cœur pour repousser tout projet de réforme qui, en modifiant une loi dont le vice est évident, ne nous offrirait que des garanties, je ne dis pas seulement insuffisantes, mais tout à fait illusoires.

Au reste, M. Batbie est encore moins bien inspiré dans une autre réforme par laquelle il voudrait compléter son projet de loi et dont je ne dirai qu'un mot en passant. On verra qu'il n'était vraiment pas obsédé par la pensée de donner en tout état de cause « pleine satisfaction » à la conscience catholique.

On sait que la loi de 1803, qui admettait le divorce, prononçait aussi la dissolution du mariage « par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile. » (Art. 227.) La loi du 8 mai 1816 abolit purement et simplement le divorce. Grande perplexité parmi les légistes : le divorce étant aboli, le mariage était-il encore sujet à être dissous par suite de la mort civile? Si on s'en tenait à la lettre, il semblait que oui; si on s'en référait à l'esprit

de la loi nouvelle, à la pensée toute catholique à laquelle obéissait le législateur de 1816 en abolissant le divorce, évidemment il n'avait pu songer à conserver ce triste héritage de la Révolution sous un autre nom et sous une autre forme, et il fallait mettre son silence, — en ce qui concerne la dissolution par la mort civile, — sur le compte d'un de ces oublis qui ne sont pas sans exemple dans l'histoire de la législation. D'ailleurs, aux termes mêmes de la loi, cette dissolution, résultant de la mort civile, ne devait atteindre le mariage que *dans ses effets civils*. (Art. 25.) « La mort civile, disait Delvincourt, ne dissout et ne peut dissoudre que le lien civil; le lien religieux subsiste toujours, tellement que si l'époux innocent venait à se remarier civilement avant la mort naturelle de son premier époux, ce ne serait point un mariage qu'il contracterait, dans le for intérieur, mais un adultère caractérisé qu'il commettrait. »

Mais, grâce à Dieu, la mort civile n'existe plus, et l'on a bien fait, selon nous, de bannir de nos codes cette rigoureuse fiction, terrible instrument de vengeances politiques dont nos révolutions ont tant abusé. Toute ambiguïté avait donc disparu, et désormais il ne pouvait plus être question de cette odieuse anomalie qui faisait tache dans l'ancien Code. Il semblait qu'on dût grandement s'en féliciter. M. Batbie le regrette, à ce qu'il paraît. Voici le singulier *amendement* qu'il voudrait introduire dans la loi du 31 mai 1854 : « Certes, dit-il, c'était une loi barbare que celle qui dissolvait le mariage du mort civilement, séparait

les époux qui voulaient rester unis, condamnait à la bâtardise les enfants nés de cette admirable fidélité dans l'infortune, en un mot défendait à l'époux du condamné de croire à l'innocence de son conjoint. Mais la loi nouvelle (la loi du 31 mai 1854) a aussi son genre de cruauté : elle force à rester unis des conjoints dont l'un est flétri et inspire de l'horreur à l'autre. Le conjoint ne peut que demander la séparation de corps, et, s'il est jeune, sa vie ne sera qu'un long célibat. Au lieu de dissoudre le mariage, comme le faisait le Code Napoléon (art. 227, C. N.), au lieu de le maintenir absolument, comme le fait la loi nouvelle, il aurait été juste de permettre au conjoint du condamné de demander la dissolution du mariage, et de la faire prononcer en justice. En lui permettant de choisir entre la fidélité au condamné qu'il croit innocent, et la dissolution du mariage, lorsqu'il le juge coupable, la loi aurait pris une juste mesure entre deux extrêmes (1). »

J'ai regret de le dire, voilà une pensée qui n'est point chrétienne. Non, jamais la fidélité conjugale n'est conditionnelle et facultative; l'amour qu'on s'est juré au pied de l'autel est assez généreux et assez fort pour se tourner au moins en miséricorde et ne point abandonner un coupable dont le repentir est toujours possible. De plus, M. Batbie a beau s'en défendre, ce serait rétablir le divorce et porter une première atteinte à l'indissolubilité du lien. A quelle inspiration peut-il

(1) *Révision du Code Napoléon*, p. 10.

obéir en proposant à la fois deux réformes si disparates, l'une destinée à donner quelque sécurité à la conscience catholique, l'autre bien faite pour l'alarmer en mettant sous la sanction des lois ce qui la blesse au vif?

Que répondrait M. Batbie au condamné contre lequel aurait été prononcée la dissolution, lorsqu'il se plaindrait des tristes conséquences de la réforme en question et tiendrait ce langage que lui prête M. Duverger : « Mon mariage, dirait-il, n'avait été définitivement contracté, du consentement de la loi, que devant l'autel; donc, aux yeux mêmes de la loi, mon mariage avait été élevé à la dignité de sacrement; le lien formé par le sacrement est indissoluble, donc la loi qui avait reconnu ce lien ne pouvait en autoriser la rupture, sans retirer d'une main ce qu'elle avait concédé de l'autre, sans violer un droit acquis, sans manquer à la justice (1). »

(1) *Études de législation*, p. 44.

CHAPITRE VII.

LE RETOUR A L'ANCIEN RÉGIME N'EST PAS SOUHAITABLE.

Évidemment ce n'est point par de telles réformes, les unes vaines et impuissantes, les autres contraires aux bonnes mœurs et aux lois de l'Église, que l'on pourra réparer les erreurs du passé et porter remède aux maux dont nous souffrons. La sainteté, l'inviolabilité du mariage chrétien réclame du législateur tout autre chose.

Tant que l'Église n'aura pas recouvré le pouvoir de prononcer, du moins en ce qui concerne les catholiques, sur la validité et l'existence même du lien conjugal; tant qu'un mariage pourra être à la fois valable en droit civil et nul en droit ecclésiastique, et réciproquement; tant qu'on s'obstinera à séparer, devant la loi et les tribunaux, le contrat du sacrement, à traiter le contrat comme une chose à part dépendante de l'autorité civile et où l'Église et ses ministres n'ont rien à voir, cette redoutable question n'aura pas fait un pas et nous continuerons à subir en gémissant les tristes conséquences d'une législation dont les vices sont au-

jourd'hui manifestes et généralement reconnus par les esprits droits.

Reviendra-t-on au régime d'avant 89? Dans l'état actuel de l'opinion, cela n'est guère probable; je me hâte d'ajouter que cela n'est point à désirer. Trop de causes de conflit existaient entre les deux juridictions rivales, et les empiétements successifs du pouvoir civil préparaient de loin et devaient amener le système qui a triomphé en 89.

M. Duverger cite un document qui caractérise assez bien cette époque de transition et nous montre la question vivement engagée dès le règne de Louis XIV. En 1712, le parlement de Besançon ne sachant comment résoudre les difficultés qui se sont élevées, relativement au mariage, entre les officialités et les juges royaux, le premier président en réfère au chancelier de Pontchartrain qui lui répond par un exposé de principes où nous lisons ce qui suit : « La distinction expliquée dans votre mémoire entre le pouvoir de prononcer *sur le lien du mariage,* que vous prétendez être réservé au juge d'Église, et le droit de connaître des effets civils, auquel le Parlement semble se réduire, ne doit pas être admise dans un tribunal instruit des véritables opinions par lesquelles les limites des deux puissances doivent être fixées. Comme le mariage est en même temps *un contrat civil et un sacrement,* il est également soumis aux deux puissances, *même par rapport à la validité du lien.* Le contrat dépend absolument de la puissance séculière, le sacrement dépend uniquement de la puissance ecclé-

siastique. Et comme il n'y a pas de mariage valable parmi nous s'il n'est pas élevé à la dignité de sacrement, et que réciproquement il n'y a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de consentement légitime, il est évident que l'Église et l'État exercent également leur autorité sur le mariage considéré en même temps comme contrat et comme sacrement (1). »

Que le mariage soit soumis aux deux puissances, *même par rapport à la validité du lien*, et que le contrat *dépende absolument de la puissance séculière*, c'est ce que l'Église a toujours nié. Cette doctrine est incompatible avec son indépendance, avec le pouvoir qui lui appartient sur le sacrement de mariage, sacrement inséparable du contrat, même en supposant que l'un et l'autre ne sont pas, suivant l'opinion la plus reçue, une seule et même chose. Qui juge de la valeur du contrat, juge aussi de la valeur du sacrement; sur ce terrain commun les deux juridictions se rencontrent. Donc, à prendre au pied de la lettre la doctrine de Pontchartrain, il y aura nécessairement conflit entre les deux puissances, et, si ni l'une ni l'autre ne se désiste, rupture. C'est en effet ce qui advint. Le conflit dura autant que le XVIII[e] siècle, la rupture fut le propre de la Révolution. Jusque-là, tout en évoquant à lui les causes matrimoniales, sous prétexte de juger la question de fait, sur laquelle il se disait compétent, l'État partait des mêmes principes et appliquait les mêmes règles que l'Église, dont il reconnaissait l'auto-

(1) Voyez *Études de législation*, p. 37.

rité législative. Mais, on le conçoit, cette subordination telle quelle n'était plus le fait des hommes de 89, et, rejetant toute alliance, toute entente avec l'Église, ils résolurent de *séculariser* le mariage, c'est-à-dire de le réduire aux termes d'un contrat purement civil. Voilà l'idée qui a prévalu pendant toute la période révolutionnaire et dont nous voyons les effets. Y a-t-il cependant, en matière de mariage, un droit naturel et primordial auquel la loi elle-même doit se conformer? Ils ne songèrent pas à s'en enquérir. Disciples de Rousseau, bon nombre d'entre eux faisaient dériver tout droit social et privé d'un contrat arbitraire, sans autre base que la volonté humaine maîtresse absolue de ses actes. La souveraineté des assemblées pouvait donc s'exercer en toute liberté sur le mariage comme sur tout le reste; rien ne s'opposait à ce qu'on changeât toutes les dispositions qui régissaient ce contrat d'après l'ancien droit canonique et civil. On n'y manqua pas dès les premiers jours de la Révolution, et l'Assemblée constituante, après avoir dépouillé le mariage de son caractère sacré, n'hésita point à le définir ainsi : « Le mariage est un contrat dissoluble par le divorce. »

Il restait donc peu à faire à l'Assemblée législative, à la Convention elle-même. On sait jusqu'où elles poussèrent les conséquences du droit nouveau et dans quelles abjections, renouvelées du paganisme, elles précipitèrent les mœurs de notre fière et généreuse nation.

Je n'invente pas cette rigoureuse logique; elle est dans les faits, elle est dans la pensée et dans l'esprit du temps. Veut-on s'en convaincre? Qu'on lise, par

exemple, le rapport présenté par Léonard Robin à l'Assemblée législative, le 7 septembre 1792. Voici comment il débute : « Votre amour pour la liberté vous faisait depuis longtemps désirer de l'introduire dans vos familles, et vous avez décrété que le divorce aura lieu en France. La déclaration des droits et l'article de la Constitution qui veut que le mariage ne soit regardé par la loi que comme un contrat civil, vous ont paru avoir consacré le principe, et le décret n'en est que la déclaration..... Le comité a cru devoir accorder ou conserver la plus grande latitude à la faculté du divorce, à cause de la nature du contrat de mariage, *qui a pour base principale le consentement des époux*, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention (1). »

Ainsi, tout reposera sur des conventions humaines! Ils n'ont pas compris, ces entreprenants et hardis novateurs, que les premières assises de l'ordre social ne sont pas cimentées de main d'homme et qu'il n'est pas permis d'y toucher. De là les ruines épouvantables que nous avons vues. Qui sait, hélas! quand l'édifice imprudemment sapé par la base aura retrouvé, avec ses immuables et divins fondements, la solidité dont il jouissait alors que nos pères se glorifiaient d'être avant tout et à tout prix catholiques?

Mais, dira-t-on peut-être, qui empêche de prendre pour règle le droit naturel? Est-ce qu'il ne fixe pas les

(1) Voir le *Moniteur* du 8 septembre 1792.

droits réciproques des époux et ne va pas même jus qu'à proclamer l'indissolubilité du lien conjugal?

A la bonne heure! mais faites, si vous le pouvez, que le droit naturel s'applique, d'une manière invariable, dans tous les temps et dans tous les lieux. Faites que le *libellus repudii,* accordé aux juifs par Moïse, ne paraisse à personne une raison suffisante pour autoriser le divorce. Faites que la loi positive soit aux yeux de tous, des philosophes comme du peuple, l'interprète infaillible et irrécusable du droit naturel. Quelle sanction assez puissante le législateur pourra-t-il donner à sa loi pour la faire passer dans les mœurs et l'imposer même à la conscience? N'aura-t-il pas toujours l'air d'entreprendre sur la liberté d'autrui et de se mêler — qu'on me passe le mot — de ce qui ne le regarde pas?

Aussi, dès le commencement de cette fatale rupture, on put prévoir vers quels abîmes on entraînait la nation en lui faisant secouer le joug salutaire de l'Église et en sécularisant le contrat qui donne naissance à la famille. Un partisan déclaré de la constitution civile du clergé, l'abbé Fauchet, plus tard évêque du Calvados, eut le mérite de le comprendre dès ce temps-là et de le dire avec franchise : « On continue d'objecter : l'autorité des gouvernements sur les contrats, sur la justice distributive et commutative, sur les mariages et sur tous les autres actes qui ont rapport aux sacrements, que deviendra-t-elle? Ce qu'elle doit être, une autorité exécutrice. Les lois civiles ne peuvent jamais créer la morale, elles doivent la suivre et l'enjoindre.

Vous avez pour la première de vos lois, qui est la base de toutes les autres, une religion. Grâce au ciel, cette religion est la vraie, la seule parfaite... Il faut que toute votre législation s'y conforme ; sinon vous êtes en contradiction avec vous-mêmes, et votre gouvernement reste dans le chaos où il a toujours été, par le défaut de concordance entre les lois de Dieu et les lois des hommes... Il faut donc laisser là tous les barbouillages que certains théologiens et jurisconsultes de France et d'Allemagne ont écrits sur le mariage, par exemple, comme sacrement et dans ses rapports moraux. Il n'appartient qu'à l'Église de décider cette doctrine. Ce qu'elle en a fixé au concile de Trente est au-dessus de toute atteinte des trônes et lie souverainement les consciences. Il y a un sacrement où l'Église dit qu'il y a un sacrement; il y a de bonnes mœurs où l'Église catholique dit qu'il y a de bonnes mœurs. Toutes les puissances temporelles ensemble ne pourraient pas changer un iota à la vérité de ces principes (1). »

Vers le même temps, un philosophe chrétien, non catholique toutefois, l'illustre Deluc, émettait ces graves pensées qui n'ont rien perdu de leur valeur : « J'ai frémi chaque fois que j'ai entendu discuter philosophiquement l'article du mariage. Que de manières de voir! que de systèmes ! que de passions en jeu ! Combien l'objet ne paraît-il pas différent au même individu, suivant les positions où il se trouve? La législa-

(1) Discours sur la religion nationale, 1789. Cité par le cardinal Gousset. *Théologie dogmatique*, t. II, p. 662.

CHAPITRE VIII.

LE MARIAGE CHRÉTIEN D'APRÈS L'ÉCRITURE ET LA TRADITION. LE CONCILE DE TRENTE.

S'imaginer que l'homme peut constituer la famille à sa guise, oublier qu'elle a été, dès le commencement, établie sur un plan divin dont les principaux linéaments sont reconnus par la droite raison, mais dont l'intégrité n'est bien garantie que par l'Église, telle est l'erreur capitale et tristement féconde que la philosophie du XVIIIe siècle a léguée à la Révolution, si ardente à la propager et si capable d'en tirer toutes les conséquences. Sur ce terrain la lutte est engagée depuis trois siècles, une lutte dont l'homme lui-même est l'enjeu. De quelque sort qu'on la menace, l'Église ne fléchira pas sur un si grand intérêt. Remportera-t-elle une définitive et pleine victoire? Redoutable question d'où dépend l'avenir de la société chrétienne et du monde.

Pour peu qu'on ait conscience de sa faiblesse, on n'aborde pas sans appréhension un pareil sujet, écueil de plus d'un grand esprit même parmi les théologiens catholiques.

Remarquons-le toutefois, l'entreprise est beaucoup moins hasardeuse depuis que le jour s'est fait sur nombre de points qui étaient encore obscurs au XVIIe, au XVIIIe siècle, et même au commencement de celui-ci, tellement que nous avons vu de nos yeux disparaître les ombres, comme il arrive au voyageur qui s'est mis en route avant l'aurore. Après la bulle *Auctorem fidei*, publiée par Pie VI en 1794, après les enseignements si lumineux de Pie VIII, de Grégoire XVI et surtout de l'immortel Pie IX, le champ de la controverse est aplani, on n'est plus arrêté par des objections qui naguère encore semblaient fort embarrassantes, et l'on pénètre avec ravissement dans l'admirable économie de ce sacrement qui est la véritable base de la civilisation et que l'Apôtre a proclamé « grand » en Jésus-Christ et en son Église.

Divine institution qui fonde la famille et avec la famille la nation chrétienne, source bénie des générations humaines, espoir non-seulement de la cité terrestre, mais encore de l'Église de Jésus-Christ et de la céleste Jérusalem, voilà l'idée du mariage sous la loi nouvelle, d'après le dogme catholique.

Il faut entendre là-dessus Bossuet dans son beau langage, où il résume à grands traits l'Écriture et la tradition : « Jésus-Christ, s'élevant au-dessus de Moïse et des Patriarches, régla le mariage, c'est-à-dire la sainte union de l'homme et de la femme, selon la forme que Dieu lui avait donnée dans son origine. Car alors, en bénissant l'amour conjugal comme la source du genre humain, il ne lui permit pas de s'épancher sur

plusieurs objets, comme il arriva dans la suite, lorsqu'un même homme eut plusieurs femmes ; mais, réduit à l'unité de part et d'autre, il en fit le lien sacré de deux cœurs unis ; et pour lui donner sa perfection et à la fois le rendre une digne image de la future union de Jésus-Christ avec son Église, il voulut que le lien en fût éternel comme celui de l'Église avec Jésus-Christ. C'est sur cette idée primitive que Jésus-Christ réforma le mariage ; et, comme disent les Pères, il se montra le digne fils du Créateur, en rappelant les choses au point où elles étaient à la création. C'est sur cet immuable fondement qu'il a établi la sainteté du mariage chrétien et le repos des familles. La pluralité des femmes, autrefois permise et tolérée, mais pour un temps et des raisons particulières, fut ôtée à jamais, et tout ensemble les divisions et les jalousies qu'elle introduisait dans les mariages les plus saints. Une femme qui donne son cœur tout entier et à jamais reçoit d'un époux fidèle un pareil présent et ne craint point d'être méprisée ni délaissée pour une autre. Toute la famille est unie par ce moyen ; les enfants sont élevés par des soins communs, et un père qui les voit tous naître d'une même source leur partage également son amour. C'est l'ordre de Jésus-Christ et la règle que les chrétiens n'ont jamais violée (1). »

Unité, indissolubilité, deux grands caractères du mariage chrétien. Ces caractères, le mariage les avait reçus dans son institution première, afin d'être la

(1) *Quatrième avertissement aux protestants.*

parfaite image de l'union inaltérable de Jésus-Christ avec son Église; voilés et obscurcis sous la Synagogue, Jésus-Christ leur rend leur premier éclat et même quelque chose de plus, en faisant du mariage un sacrement de la loi nouvelle, qui sera non-seulement le signe de son union avec l'Église, mais encore le canal de ses grâces et une source de sanctification pour les membres de son corps mystique. *Voici l'os de mes os et la chair de ma chair*, avait dit le premier père du genre humain en recevant son épouse de la main de Dieu. *C'est pourquoi*, avait-il ajouté, *l'homme laissera son père et sa mère, et il s'attachera à son épouse, et ils seront deux dans une même chair.* (*Gen.*, II, 23, 24.) Jésus-Christ, interrogé par les Pharisiens qui lui demandent s'il est permis à l'homme, en certains cas, de renvoyer son épouse, leur cite ce passage de la Genèse et il ajoute, de sa divine autorité : *Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas.* (*Matth.*, XIX, 6.) Saint Paul, à son tour, rappelle aux Éphésiens les mêmes paroles; il leur enseigne que la femme doit être soumise à son époux comme l'Église est soumise à Jésus-Christ, que le mari doit aimer sa femme comme Jésus-Christ a aimé l'Église, pour laquelle il a donné tout son sang, et il conclut en disant : *Ce sacrement est grand, je dis en Jésus-Christ et en son Église.* (*Eph.*, V., 32.) Tous les saints Pères ont vu dans ce langage de l'Apôtre un témoignage de la grandeur et de la dignité du sacrement de mariage. Le mariage était déjà grand dans sa primitive institution, parce qu'il figurait, en la prophétisant, l'union future de Jésus-Christ

avec l'Église; il est plus grand encore sous la loi nouvelle, où non-seulement il figure cette union déjà accomplie, mais l'achève et la perpétue, puisqu'il en multiplie les fruits dans les nombreux enfants qu'il donne à l'unique épouse de Jésus-Christ (1).

Le mariage est donc une chose sainte dans son institution première, plus sainte encore sous la loi évangélique, depuis que Jésus-Christ l'a érigé en sacrement; et ce qu'il faut remarquer, c'est que le sacrement n'est pas une sorte d'accessoire surajouté pour ainsi dire au mariage, mais le mariage lui-même tel qu'il existait dès le paradis terrestre et au temps des patriarches, seulement avec une vertu sanctifiante dont il n'était pas doué alors et que Jésus-Christ, par une institution nouvelle, lui a départie. C'est ce que le saint concile de Trente a clairement défini en ces termes : « Si quelqu'un dit que le mariage n'est pas véritablement et à proprement parler un des sept sacrements de la loi évangélique, institué par Notre-Seigneur Jésus-Christ, mais que c'est une invention humaine et qu'il ne *confère pas la grâce*, qu'il soit anathème (2). »

Aussi, rien d'étonnant que l'Église se réserve le soin de veiller sur ce lien sacré dont Jésus-Christ même est l'auteur et qui fait partie des biens spirituels dont elle

(1) Voir, sur ce passage de l'Apôtre, le beau commentaire de Bernard de Picquigny, où nous lisons : « Hanc autem Christi unionem cum Ecclesia matrimonium christianorum quasi adimplet et perficit, cum dat Ecclesiæ filios, Christoque membra mystica. » *Epistolarum B. Pauli Apostoli Triplex Expositio*, etc., in *Eph.*, v. 32, Cf. Bellarmin, *Controv.*

(2) *Concil. Trid.*, sess. XXIV, can. I.



est l'unique et suprême dispensatrice. Que le mariage appartienne non-seulement à l'ordre de la grâce, mais encore à l'ordre de la nature, dont il remplit le vœu en perpétuant notre race, personne ne le conteste, et cela est de toute évidence. Encore est-il à remarquer que, dès l'origine, Dieu a voulu qu'il fût par anticipation le symbole et la figure de l'union de Jésus-Christ avec l'Église, tellement qu'il y avait déjà quelque chose de surnaturel, au moins quant au mode, dans cette ébauche de sacrement (1). Mais, laissant de côté les temps antiques, nous étudions ici le mariage chrétien, dont nous sommes en droit d'affirmer, avec le saint concile de Trente, qu'étant un des sept sacrements de la loi de grâce, il est par là même essentiellement soumis à l'autorité et à la juridiction de l'Église. Tel est le dogme catholique, dont tout ce qui nous reste à dire est la rigoureuse et nécessaire conséquence. Aucun dogme peut-être n'est plus fécond, aucun plus méconnu ; c'est ici surtout que la vérité touche au paradoxe (2).

(1) Un éminent théologien l'a dit avant nous : « Matrimonium antiquum fuit supernaturale quoad modum. » V. *De Matrimonio et potestate ipsum dirimendi*, auctore Joanne Petro Martin, presbytero S. J. (2 vol. in-8°. Lyon, 1844. T. I, p. 367). En lisant ce bel ouvrage, qui résume admirablement l'enseignement de l'Écriture et des Pères, on comprend mieux le mot de l'Apôtre : *Sacramentum hoc magnum est.*

(2) Il ne faut jamais perdre de vue la doctrine du concile de Trente renfermée dans les canons III, IV et XII de la vingt-quatrième session.

Can. III. Si quis dixerit eos tantum consanguinitatis et affinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur posse impedire Matrimonium contrahendum et dirimere contractum ; nec posse Ecclesiam in nonnullis

Luther, le grand révolutionnaire, chef et précurseur de tous les autres, ne pouvait épargner ce fondement sacré sur lequel repose la société chrétienne. Il retrancha le mariage du nombre des sacrements, et par là il porta une mortelle atteinte à l'inviolabilité du pacte conjugal. Il ne faut pas qu'on l'oublie, le divorce, cette plaie honteuse qui ronge au cœur plus d'une grande nation, est né des blessures infligées au mariage chrétien par les Luther, les Calvin et les Henri VIII, et cette sainte institution ne fut maintenue dans tout son honneur et toute son intégrité qu'au sein de l'Église catholique. Luther, en rabaissant le mariage au niveau des choses profanes, s'efforçait de le soustraire à l'autorité législative et judiciaire de l'Église, à laquelle il ne voulait pas reconnaître le droit d'établir des empêchements dirimants, les seuls empêchements véritables, selon lui, étant ceux que Dieu a établis lui-même et qui sont mentionnés dans le Lévitique.

Le saint concile de Trente condamna ces propositions hérétiques dans les termes les plus forts et les plus explicites, et il dit anathème à quiconque oserait à l'avenir contester à l'Église un droit qu'elle a reçu de son divin fondateur et dont elle a joui dès son origine. Et

eorum dispensare, aut constituere, ut plures impediant et dirimant, anathema sit.

CAN. IV. Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta Matrimonium dirimentia, vel in iis constituendis errasse, anathema sit.

CAN. XII. Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices Ecclesiasticos, anathema sit.

non-seulement le Concile affirma ce droit, mais, dans cette même vingt-quatrième session, il voulut l'exercer d'une manière solennelle et jusque-là sans exemple. Ce fut alors qu'il frappa de nullité les mariages clandestins et rendit désormais impossibles ces engagements secrets dont le mystère seul était un danger et un scandale, en même temps qu'une promesse d'impunité pour l'époux qui serait tenté de violer la foi jurée en se plongeant dans l'adultère et la bigamie. Disons-le à l'honneur de notre nation, elle se signala entre toutes par son zèle à réclamer une si salutaire réforme, et il ne fallut rien moins que l'ardente initiative dont elle est douée pour triompher des scrupules qu'opposaient à ses représentants un grand nombre de membres de cette auguste assemblée, scrupules partagés par les légats mêmes du Saint-Siége. On se demandait si l'Église possédait un tel pouvoir, et, de prime abord, beaucoup de Pères en doutaient. Il leur semblait qu'il ne s'agissait de rien moins que de toucher à la substance d'un sacrement, à une chose d'institution divine, ce qui eût dépassé l'autorité de l'Église, si grande qu'elle soit. A la fin pourtant on fit prévaloir cette considération que, si le mariage est devenu un sacrement, il n'a point cessé d'être un contrat. Or, il est dans la nature des contrats d'être, pour de justes raisons, soumis à l'autorité sociale, qui peut en faire dépendre la validité de certaines conditions de droit positif. Cela est vrai dans l'ordre civil comme dans l'ordre ecclésiastique; toutes les dispositions concernant les biens et les personnes en sont là. Qu'on prenne pour exemple

le testament. Suivant l'opinion la plus autorisée, la faculté de tester est de droit naturel ; cependant elle peut être restreinte dans son exercice et assujettie à des formalités extérieures ; et supposé que le législateur l'ait ainsi décidé pour des raisons de bon gouvernement et d'ordre public, aucun testament ne sera valable s'il n'est écrit et signé en bonne et due forme. Ce que l'État fait en matière de testament, pourquoi l'Église ne le ferait-elle pas lorsqu'il s'agit de mariage? L'ordre public n'y est-il pas aussi souverainement intéressé ? N'y va-t-il pas de la conservation des bonnes mœurs ? Donc, l'Église, qui est une société complète et qui a reçu de Jésus-Christ tout pouvoir pour le bon gouvernement de ses membres, subordonnera, si elle le juge à propos, la validité du mariage à certaines solennités extérieures, et elle pourra déclarer nul tout mariage qui n'est pas contracté sous forme authentique, c'est-à-dire en présence du curé de l'une des parties et de deux ou trois témoins. Le contrat *légitime* sera toujours, ni plus ni moins que par le passé, élevé à la dignité de sacrement ; mais l'Église ayant prescrit les conditions hors desquelles il n'y a point de contrat légitime, les personnes qui n'observeront pas ces conditions seront par là même inhabiles à contracter. Telle est la doctrine qui a prévalu dans la vingt-quatrième session du concile de Trente et qui forme aujourd'hui le droit commun de l'Église catholique, ainsi qu'on peut le reconnaître en lisant l'histoire et les actes mêmes du concile (1).

(1) Voici les paroles mêmes du concile : « Qui aliter quam præsente

Remarquons-le en passant, pour y revenir un peu plus tard, non contents de cette réforme dont l'opportunité est manifeste, les Français, toujours ardents et quelquefois même excessifs dans le bien, auraient voulu faire comprendre dans le même décret et frapper de la même nullité les mariages contractés par les fils de famille sans le consentement de leurs parents. Une lettre du roi Charles IX, présentée par ses ambassadeurs, mettait les Pères en demeure de se prononcer; mais cette proposition éprouva de vives résistances et, après des discussions prolongées, elle fut définitivement rejetée. L'auguste assemblée craignit, même entre les mains des pères de famille, l'abus d'un pouvoir si absolu, et comme ce pouvoir leur était accordé par Luther, qui le refusait à l'Église, le concile dit anathème à quiconque embrasserait un sentiment d'origine si suspecte.

Parocho, vel alio sacerdote, de ipsius Parochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino *inhabiles reddit*, et *hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit.* » Sess. XXIV, de Ref. Matr., cap. I. Cf. *Histoire du concile de Trente* (par le P. Prat, S. J. Lyon, 1851), liv. VI; Pallavicini, l. XXII, *passim*.

CHAPITRE IX.

L'ÉDIT DE BLOIS ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

On le voit donc, ce qui se dégage nettement des actes du concile de Trente, c'est l'autorité souveraine et indépendante de l'Église sur le mariage chrétien, le droit qui appartient à l'Église de statuer en dernier ressort sur toutes les questions relatives à la validité du lien conjugal. Au XVIe siècle, ce droit ne lui était contesté que par les protestants; mais la France et l'Europe catholique tout entière le reconnurent alors plus solennellement que jamais, en donnant force de loi à la nouvelle discipline et en promulguant les dispositions qui frappaient de nullité les mariages clandestins; et c'est là-dessus qu'on a vécu jusqu'au jour où cette sage législation, déjà plus ou moins altérée par l'esprit gallican et parlementaire, céda presque partout la place au mariage civil, inauguré en France avec la Révolution. Le concile avait décidé que son décret sur les mariages clandestins ne deviendrait obligatoire et ne sortirait tous ses effets qu'un mois après la promulgation qui s'en ferait dans chaque paroisse en particulier; tant on attachait d'importance à ne pas exposer les ca-

tholiques de bonne foi à contracter des mariages nuls, et aussi par égard pour les protestants dont on ne voulait pas rendre toutes les unions illégitimes et qui échappaient ainsi aux conséquences de cette loi partout où elle n'était pas publiée. Mais comme l'état civil des personnes, comme tous les intérêts publics et privés se rattachent de près ou de loin à la légitimité du mariage et à la constitution de la famille, une loi qui avait ces mêmes choses pour objet devait nécessairement, chez tout peuple catholique, être loi de l'État en même temps qu'elle était loi de l'Église. On le comprit en France comme ailleurs, et malgré les difficultés élevées contre certaines parties de la discipline du concile de Trente, on accepta sans contestation les dispositions relatives au mariage, et nos rois s'empressèrent de leur donner force de loi. Ainsi l'édit de Blois règle tout ce qui concerne la célébration du mariage, publication des bans, bénédiction nuptiale donnée par le curé des parties contractantes, assistance des témoins, etc., « le tout sur les peines portées et indictes par les conciles (1). » L'ordonnance de Melun (1580) dé-

(1) « Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des mariages clandestins : Ordonnons que nos subjects, de quelque estat ou condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation précédente de bans, faicts par trois jours de festes, avec intervalle competent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la premiere proclamation faicte : et ce seulement pour quelque urgente et legitime cause, et à la requisition des principaux et plus proches parens communs des parties contractantes. Après lesquels bans, seront epousez publiquement et par leur Curé parrochial : et pour pouvoir tesmoigner de la forme qui aura esté observee es-

fend aux juges laïques d'évoquer à leur juridiction les causes de mariage pendantes par-devant les juges ecclésiastiques. Sur quoi un vieux commentateur fait cette remarque : « Entre les sacrements, l'Église catholique nombre le mariage, et comme il se fait en icelle il ne peut être réputé autre ; et ainsi les anciens docteurs de l'Église l'ont tenu et nommé, dont on peut voir le concile de Trente, session 24e ; et partant la cognoissance en appartient au juge d'Église tant pour conjoindre que pour dissoudre le mariage (1). »

L'édit de Blois privait de tous leurs droits héréditaires les enfants de famille qui contractaient mariage sans le consentement de leurs parents, mais il n'avait garde de prononcer la nullité de pareilles unions. Dans son ordonnance du mois de janvier 1629, Louis XIII, renouvelant cet édit, avait ajouté : « Voulons que tous mariages contractés contre la teneur de ladite ordonnance soient déclarés non valablement contractés. » C'était aller plus loin que le concile de

dits mariages, *y assisteront quatre personnes* dignes de foy, pour le moins, dont sera fait registre : le tout sur les peines portees et indictes par les conciles. » Édit de Blois, art. 40. Cf. *Code de Henry III*, rédigé en ordre par messire Barnabé Brisson, titre deuxième.

On peut déjà remarquer dans le texte de cette loi un luxe de formalités et de précautions tout à fait français. Pourquoi *quatre témoins* lorsque le concile de Trente n'en exige que *deux* ou *trois?* Évidemment pour faire mieux que le reste de la chrétienté et donner l'exemple du zèle. Néanmoins le tout est *sur les peines portées et indictes par les conciles*, d'où l'on était, ce semble, autorisé à conclure que l'édit, malgré ces exigences surérogatoires, n'ajoutait pas de nouvelles nullités à celles du droit commun.

(1) Charondas, sur le Code de Henri III.

Trente; l'épiscopat entier s'en émut, et l'assemblée du clergé députa au roi les évêques de Séez, de Rennes, d'Auxerre, de Chartres et de Beauvais, pour supplier Sa Majesté de vouloir bien expliquer les termes *non va-valablement contractés*. Les commissaires nommés par le roi répondirent que ces termes n'avaient rapport qu'au contrat civil, et l'on eut grand soin de ne pas les reproduire dans une autre ordonnance publiée sur le même objet en 1639 (1).

A entendre ces explications, qui ne croirait que tout est dit et que désormais, les attributions respectives de l'État et de l'Église étant fixées d'un commun accord, leurs juridictions nettement définies, il n'y aura plus de conflit possible? Toutes les fois qu'il s'agira de statuer sur la validité du lien conjugal, — autant dire sur celle du sacrement, — sur l'habilité des conjoints à contracter, sur la réalité et la liberté de leur consentement, etc., on s'adressera au juge d'Église; et toutes les fois qu'il s'agira des stipulations matrimoniales concernant les biens, de la constitution de dot ou de douaire, des droits successifs de chacun d'eux ou de leurs enfants, etc., on aura recours au juge laïque, seul compétent pour interpréter les lois du royaume et pour faire observer, au sein des familles, la justice commutative. De la sorte, tout sera dans l'ordre, et cha-

(1) Les *Mémoires du Clergé* mentionnent cette Résolution : « La remontrance du clergé pour la première difficulté a été arrêtée par l'explication du mot *valablement* ou *non valablement contracté*, qui ne peut être aucunement prise que par rapport au contrat civil par des juges laïques. » *Mémoires du Clergé*, édit. de 1769, t. V, p. 694.



cun des deux pouvoirs contribuera, pour sa part, à la sécurité des biens et des personnes, au bon gouvernement des choses temporelles et des choses spirituelles; deux sphères distinctes, non séparées, entre lesquelles doit régner l'harmonie que Dieu a mise en ses œuvres et qui ne fait certainement pas défaut à la plus noble de toutes, la société chrétienne telle que Jésus-Christ l'a établie et la conserve sous l'autorité de son Vicaire et des princes catholiques.

Voilà sans doute un magnifique idéal, et s'il était jamais réalisé, l'humanité n'y perdrait rien; elle marcherait à grands pas dans la voie du progrès. Ceux qui connaissent l'histoire diront à quelle époque on vit pareille chose; je ne me charge pas d'éclaircir un point si obscur. Je recherche seulement pendant combien de temps et dans quelle mesure l'État respecta les droits de l'Église en ce qui touche le contrat et le sacrement de mariage, et je trouve que cela ne fut jamais bien stable et ne dura guère. A partir de l'édit de Blois, promulgué en 1679 et qui, somme toute, règle d'une manière assez équitable les rapports des deux juridictions et la compétence de chacune d'elles, on peut compter au plus une cinquantaine d'années pendant lesquelles aucune atteinte grave ne fut portée aux décrets du concile de Trente. Louis XIII fut donc, après son noble père, le troisième roi de France à les faire observer fidèlement et à ne prendre, comme législateur, aucune décision contraire; mais ce n'est pas à dire qu'il les ait respectés en tout, et dans le temps même où il donnait à l'épiscopat des explications si rassurantes, il

violait toutes les règles, confondait toutes les juridictions, méconnaissait tous les droits de l'Église et de son chef, pour arriver à une fin qu'il voulait obtenir à tout prix, la cassation du mariage de son frère Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine.

Que d'irrégularités dans cette affaire qui troubla les douze ou treize dernières années de son règne et mit le comble aux aigreurs dont ce pauvre prince eut le don de s'abreuver lui-même en même temps qu'il devenait, malgré son bon cœur, le persécuteur et le tyran de son frère et de sa mère! Gaston n'était plus un enfant lorsqu'il épousa, d'abord à Nancy devant un simple prieur, puis à Bruxelles en présence de l'archevêque de Malines, la princesse Marguerite de Lorraine, sœur du duc régnant; il était déjà veuf d'une première épouse qui lui avait laissé en mourant une fille, célèbre sous le nom de Mademoiselle de Montpensier. Comme il le prouva jusqu'au bout, — car, de toutes ses affections, celle-là seule fut constante, — il avait formé cette union sans contrainte et dans le plein exercice de sa liberté. Sur quoi Louis XIII pouvait-il se fonder pour la faire rompre? Sur une jurisprudence tout à fait neuve et où il entrait bien quelque sophisme, mais qui n'en fit pas moins fortune et était destinée à un long avenir. Et pourquoi le roi déférait-il la cause, non au juge d'Église, mais à son parlement? Du droit qu'a tout prince de prendre le parti qui flatte le mieux ses passions et d'arriver à ses fins par les voies les plus faciles, sinon les plus légitimes. Le pieux monarque préluda, dans cette occasion, aux prétentions hau-

taines, aux procédés irréguliers de Napoléon, lorsqu'il voulut faire dissoudre le mariage de son frère Jérôme, et tous deux ont donné un exemple également funeste du mépris des droits de l'Église et de l'exagération des prérogatives de la couronne.

Louis XIII obtint donc de son parlement un arrêt déclarant le mariage de Monsieur le duc d'Orléans non valablement contracté (5 septembre 1634). « Le duc Charles de Lorraine, vassal lige de la couronne, pour le *rapt* et l'attentat par lui commis contre le roi, son souverain seigneur, fut déclaré criminel de lèse-majesté, félonie et rébellion, ordonné qu'il viendrait dans le lieu qu'il lui serait marqué par le roi, pour lui dire en présence des princes, pairs et officiers de la couronne, que par complot, trahison et conspiration, il a entrepris de faire contracter et célébrer ledit prétendu mariage, non-seulement contre les serments par lui prêtés de ne l'entreprendre jamais sans le consentement de Sa Majesté, et au préjudice de la fidélité due par un vassal lige à son seigneur souverain, mais aussi contre les lois de la France, les ordonnances de nos rois, l'honneur de la couronne et la sûreté de l'État, etc. »

Les lois de la France, les ordonnances de nos rois, invoquées par le parlement, c'était, si l'on veut, cette espèce de minorité exceptionnelle à laquelle étaient assujettis tous les princes de la famille royale, au moins en ce qui concerne le mariage; c'était encore sans doute l'édit de Blois, renouvelé par Louis XIII, édit qui annulait les mariages contractés par les fils de famille

sans le consentement de leurs parents. Mais ne venait-on pas de déclarer que cette nullité n'atteignait que les effets civils du contrat, et laissait subsister le lien formé par le sacrement? Enfin, que parlait-on de rapt? Est-ce qu'un prince de vingt-cinq ans se laisse enlever comme une jeune fille? S'il s'agit de protéger la faiblesse et l'innocence, l'Église est toujours prête; mais on peut croire qu'en faisant du rapt un empêchement dirimant, elle n'a guère songé aux ingénus qui ont barbe au menton, qui peuvent faire, Dieu merci, vigoureuse résistance et s'aider, s'il le faut, de quelque bonne lame.

Eh bien! nous touchons là précisément à un des points les plus curieux de notre histoire judiciaire, et il en est peu qui mettent mieux en lumière les rares facultés dont est douée, quand elle s'en mêle, la nation la plus spirituelle du monde. Les jurisconsultes français qui ont inventé le *rapt de séduction* ne le cèdent à personne en subtilité, et ils pourraient même rendre des points aux casuistes italiens ou espagnols, dont ils ont tant médit.

Comme on l'a vu plus haut, la France avait échoué dans son dessein de faire déclarer nuls par le concile de Trente les mariages contractés par les fils de famille sans le consentement de leurs parents. Soit qu'on déférât chez nous plus qu'ailleurs à l'autorité paternelle, soit qu'on y fût plus sensible au danger des mésaillances, toujours est-il qu'on n'accepta qu'à grand'peine le droit commun, sur lequel on voulait enchérir, et peu à peu s'introduisit une jurisprudence qui sup-

pléait à l'insuffisance de la loi et produisait tout l'effet qu'on en aurait souhaité, au moins en ce qui concerne les mineurs. Si un fils de famille mineur s'était mésallié en contractant un mariage auquel ses père et mère n'avaient pas consenti, on ne disait pas que ce mariage était nul à raison du défaut de consentement des parents : c'eût été tomber *ipso facto* sous les censures de l'Église, qui avait condamné cette erreur de Luther; on disait que le mineur n'avait pas joui, en cette occasion, du plein exercice de sa liberté, qu'il avait été *enlevé*, entraîné, comme nous parlerions aujourd'hui, et que son mariage était nul, puisqu'il y avait là un véritable rapt, le *rapt de séduction*, reconnu et autorisé par la coutume de France (1). Dites que cela n'est pas in-

(1) D'après les *Conférences d'Angers*, le *rapt de séduction* est le seul, ou du moins le plus fort moyen par lequel on déclare non valablement contractés les mariages des mineurs faits sans le consentement de leurs pères et mères, « comme M. de Lamoignon le déclare dans le plaidoyer qu'il fit dans la cause de Perneau, qui fut jugée par arrêt du 15 mars 1687... Aussi messieurs les avocats généraux emploient tous les jours le rapt de séduction pour faire casser le mariage des mineurs.... M. Bignon de Blanzy, qui faisait la fonction de substitut de M. le procureur général à la chambre souveraine de la réformation de justice séante à Poitiers, s'efforça de le prouver dans une cause de mariage de mineur, qui y fut jugée le 10 janvier 1689, où il soutint que sous le nom de *rapt* les lois civiles et canoniques comprenaient les personnes *ravies* et subornées *par persuasion* et artifices ainsi que celles qui ont été enlevées de force. Par ce même principe, M. Talon, dans une cause qui fut jugée le 9 mars 1680, fit voir que la jurisprudence du royaume.... n'a rien d'opposé au concile de Trente, vu que les parlements ne s'arrêtent pas au défaut de consentement des parents mais au rapt de séduction. » *Conférence d'Angers*, 5e Conférence sur le mariage. Éd. de Besançon, t. XVIII, p. 233 et suiv.

génieux! Vous retrouvez toute cette doctrine dans les réquisitoires et les plaidoyers des Talon, des Bignon et des Lamoignon, et il est à remarquer qu'elle a inspiré notre Code civil et notre jurisprudence moderne, ainsi qu'on le verra dans la suite (1).

(1) On se rappelle involontairement un plaisant personnage de Molière :

> Votre œil en tapinois me dérobe mon cœur.
> Au voleur ! au voleur ! au voleur ! au voleur !

C'est bien de ce vol ou *rapt* qu'il s'agissait ; la jurisprudence française, prenant le madrigal au pied de la lettre, en faisait, avec une incomparable habileté, un empêchement dirimant qui suppléait au silence du droit canonique.

CHAPITRE X.

SANCHEZ, MELCHIOR CANO, BELLARMIN,

L'État n'a jamais manqué de théologiens; il n'en manquera jamais, quelle que soit sa constitution, quels que soient ses représentants et ses organes, grâce à la séduction que le pouvoir exerce sur ceux qu'il protége, et grâce aux faveurs qu'il sait répandre sur ceux qui le servent à son gré. Il est d'ailleurs des esprits exclusivement frappés, je ne sais trop pourquoi, des périls que ferait courir à la chose publique le triomphe d'une autorité qui n'a pas généralement à ses ordres les gros bataillons et dont la domination ne serait rien si elle n'avait son origine au ciel et ses racines dans la conscience. *Nous n'avons pas d'autre roi que César*, criaient les juifs en demandant à Pilate la mort de Jésus-Christ. Ce cri a retenti de siècle en siècle même au milieu des peuples chrétiens, où il a toujours trouvé quelque écho; de grands politiques l'ont pris pour devise et ils se sont entendus avec les philosophes pour l'inscrire sur la bannière du progrès et de la liberté. Puissent les peuples comprendre un jour qu'ils ne seront libres que par Jésus-Christ, et que la pire

de toutes les servitudes est de ne pouvoir rendre à Dieu ce qui est à Dieu!

Les prétentions du pouvoir civil à l'endroit du mariage ne sont pas d'ailleurs sans quelque apparence de raison; disons-le même sans détour, dans une certaine mesure elles sont justes et fondées. C'est le plus grand des théologiens, c'est l'ange de l'école qui a déclaré que si le mariage est un sacrement, il n'en est pas moins destiné à remplir et les fins de la nature et celles de la société; et sous ce dernier rapport, observe-t-il, il est régi par le droit civil : *in quantum est officium communitatis, statuitur jure civili* (1).

Mais jusqu'où peut aller le pouvoir civil, et quelle est la limite qu'il ne doit pas franchir sous peine de voir se dresser devant lui le droit divin, le droit que Jésus-Christ a conféré à son Église en l'instituant seule dispensatrice des choses spirituelles? Voilà une question des plus difficiles et des plus complexes, une question qui n'était pas, à beaucoup près, aussi éclaircie au XVII[e] siècle qu'elle l'est aujourd'hui, à la suite de tant de beaux et importants travaux et surtout des récentes décisions du Saint-Siége.

Entre tous les maîtres de la doctrine qui ont spécialement traité du mariage, le plus illustre sans contredit, c'est Thomas Sanchez, un nom resté pur en dépit de Pascal et que n'a pu atteindre ni le ridicule ni la calomnie. Les trois volumes de Sanchez sur *le saint sacrement du mariage* sont un des plus solides mo-

(1) In IV Sent., d. 34, a. 1, in resp. ad 4.

numents de la science sacrée, un trésor pour les directeurs des âmes, pour les jurisconsultes eux-mêmes, qui les consulteront rarement sans profit, car ils y trouveront aussi leur maître dans la science du droit. Eh bien! ce grand théologien, qu'on n'a jamais accusé de profane complaisance, soutient cependant une opinion qui ne serait pas sans danger pour la sainteté du sacrement et dont les conséquences iraient beaucoup trop loin, au grand préjudice de la liberté humaine; à savoir que les princes, quels qu'ils soient, ont originairement le pouvoir d'établir pour leurs sujets des empêchements dirimants; pouvoir que l'Église retirera, si elle le juge à propos, aux princes chrétiens, et dont ils ne devront pas user sans son aveu, mais dont les princes infidèles resteront investis, attendu qu'il leur est indispensable pour le bon gouvernement de leurs États(1). Telle est la doctrine en-

(1) On aimera sans doute à trouver ici le texte de Sanchez. Après avoir rappelé le passage de saint Thomas que nous avons cité plus haut (in IV Sent., d. 34, a. 1, ad 4), il ajoute: « Si enim potest Princeps sæcularis alios contractus civiles ob Reipublicæ bonum irritare, cur non poterit etiam matrimonii contractum, cum id quandoque idem bonum postulet? Nec obstat Principis sæcularis potestati matrimonium esse Sacramentum. Quia ejus materia est contractus civilis, qua ratione potest perinde illud ex justa causa irritare, ac si Sacramentum non esset: reddendo personas inhabiles ad contrahendum, et sic illegitimum et invalidum contractum. Si enim nudam Sacramenti rationem attendamus, nec Pontifex circa illud disponere posset, illud dissolvere: ejusque potestas ex ratione contractus humani, qui est materia hujus Sacramenti, consurgit. » V. Sanchez, *de sancto Matrimonii Sacramento*, lib. VII, disp. IV, n. 2. Il ajoute cependant un peu plus loin, ce qui mitige beaucoup cette première opinion dans la pratique : « Potest nihilominus Ecclesia Principibus fidelibus

seignée par Thomas Sanchez, théologien de la Compagnie de Jésus, dans son grand traité du Mariage. Pressez un peu cette doctrine, déduisez-en avec une exacte logique les conséquences naturelles, et vous y trouverez sans beaucoup de peine de quoi justifier les prétentions du pouvoir séculier et corroborer les thèses des théologiens d'État. Aussi ces derniers se réclament-ils volontiers de Sanchez, qui n'était certes pas de leur école et ne croyait vraiment pas servir si bien leur cause.

Ils se réclament aussi de Melchior Cano, évêque des Canaries et dominicain, l'une des plus grandes lumières de l'université de Salamanque et même du concile de Trente, dont il ne vit pas la fin, étant mort dans sa patrie en 1560. C'est seulement en 1563, dans la vingt-quatrième session, que les Pères assemblés à Trente eurent à s'occuper du mariage. De retour en Espagne assez longtemps avant sa mort, Cano ne dut exercer aucune influence sur leurs derniers travaux; encore moins put-il mettre à profit leurs décisions, et il est évident que son beau traité posthume *de Locis theologicis* est une œuvre toute personnelle où il ne faudrait pas chercher la pensée du concile de

hujus potestatis usum interdicere, sibique reservare, qua id efficiente, irritæ erunt leges Principis sæcularis contra eam reservationem, matrimonium impedientes dirimentesve. » *Ibid.* n. 3. Sage restriction que d'autres théologiens, dont nous parlerons tout à l'heure, étaient loin d'admettre. Mais les prémisses de Sanchez n'en sont pas moins inadmissibles : on doit nier simplement que le mariage, du moins entre chrétiens, soit un contrat *purement civil*. Il ne l'est pas même entre païens.

Trente sur le mariage. Néanmoins la doctrine, ou, pour mieux dire, l'opinion de Cano, a eu grand succès; elle dominait presque sans conteste dans l'Église de France au commencement de ce siècle; on l'enseignait dans les séminaires et les simples fidèles n'en connaissaient pas d'autre.

Elle consiste à faire du sacrement et du contrat de mariage deux choses distinctes, séparables même en ce sens que le contrat peut exister indépendamment du sacrement. Avant de recevoir l'être sacramentel, le mariage est un contrat et, comme tel, il a pour auteurs les parties contractantes; mais c'est le prêtre qui l'élèvera au rang des choses surnaturelles et qui sera le ministre du sacrement de mariage. On voit d'ici les conséquences, je ne dis pas nécessaires, mais possibles de cette manière de concevoir le mariage chrétien. Si le contrat de mariage peut se séparer du sacrement, qui l'empêchera d'être soumis à la loi civile, de dépendre entièrement du prince séculier? Voilà ce que disaient les théologiens d'État, non sans vraisemblance; ils trouvaient dans ce système une position d'où les prétentions du pouvoir civil étaient beaucoup plus faciles à défendre.

Dans le système contraire c'est bien différent. En effet, si vous soutenez que partout où il y a contrat légitime entre chrétiens il y a sacrement, que le sacrement et le contrat ont même matière, même forme, même ministre, — ce sont les expressions de Bellarmin, — ce qui veut dire, ce me semble, qu'ils sont absolument identiques et qu'il n'existe de l'un à l'autre qu'une

distinction de raison, si vous vous attachez à cette doctrine, qui est de beaucoup la plus commune de l'aveu même de Melchior Cano, vous ne pourrez reconnaître aux gouvernements aucune autorité sur le contrat de mariage que vous ne les investissiez par cela même d'un véritable pouvoir spirituel : conséquence absurde qui vous force à n'attribuer cette même autorité qu'à l'Église.

Or, c'est précisément de cette manière que tous les théologiens comprenaient les choses à l'époque du concile de Trente. A leurs yeux, le mariage célébré sans l'assistance du prêtre était un véritable sacrement de la loi de grâce, et les ministres de ce sacrement, c'étaient les parties contractantes elles-mêmes. Sans doute l'école était partagée sur plus d'un point. En quoi consistent la matière et la forme du sacrement de mariage, c'était une question assez débattue et que chacun résolvait comme il pouvait, l'Église n'ayant rien défini à cet égard. Mais on était d'accord sur le reste, et peu s'en fallait qu'on ne regardât comme dogme de foi la doctrine qui affirme l'identité du contrat et du sacrement. Voilà ce que ne pouvait souffrir Melchior Cano, grand partisan de la liberté en matière douteuse : *in dubiis libertas,* saint Augustin l'avait dit avant lui. En conséquence, il s'appliqua, dans son remarquable ouvrage, à mettre les théologiens en garde contre les systèmes exclusifs et intolérants, contre les affirmations tranchantes de l'école. Esprit vaste, lumineux, un peu paradoxal parfois, mais ayant à son service une riche érudition et beau-

coup de culture littéraire, il lui est facile d'élargir l'horizon de ses contemporains et de découvrir dans le domaine de la théologie de nouvelles contrées. L'opinion qu'il adopte sur le mariage a été soutenue, — qui s'en souvenait alors? — par Guillaume de Paris et par Pierre de la Palu (Paludanus). Elle a pour elle des arguments d'une certaine valeur. Melchior Cano se prévaut de la diversité de sentiments qui règne sur la matière et la forme du sacrement. Qu'est-ce, demande-t-il, qu'un sacrement dont la forme ne consisterait pas dans certaines paroles déterminées? On convient qu'un simple signe de tête suffit pour exprimer le consentement des époux; est-ce qu'un signe de tête peut être la forme du sacrement? est-ce qu'il est propre à exprimer la grâce que ce sacrement confère? Non, c'est le prêtre qui prononce les paroles sacramentelles en donnant aux époux la bénédiction nuptiale; lui seul est le ministre du sacrement. Si les époux se sont unis sans lui, il y a contrat par le seul accord de leurs volontés, mais non sacrement.

Melchior Cano ne donnait son opinion que comme probable, plus probable que le sentiment contraire, universellement admis par ses contemporains (1).

(1) On peut juger du degré de probabilité qu'il y attache par les passages suivants: « Nego enim scholæ certo constantique decreto finitum, Matrimonium sine Ecclesiæ ministro contractum, esse vere et proprie sacramentum. Nego eam rem ad fidem et religionem attinere. Nego omnes scholæ Theologos id asseruisse. » Et sur la fin il oppose en ces termes le sentiment commun des canonistes à celui des théologiens : « At cum administratio sacerdotalis accedit, non obscure jurisperiti tradunt, per actum sacerdotis consecrantis conju-

On ne le laissa pas sans réponse. Bellarmin le combattit avec une grande vigueur d'argumentation, et la doctrine de Bellarmin est restée la plus commune, la plus autorisée dans l'école. Peut-être, après les récentes décisions du Saint-Siége, serait-il difficile de revenir à celle du théologien de Salamanque sans encourir le reproche de témérité.

Partout où il y a contrat légitime entre époux chrétiens, il y a sacrement; sacrement et contrat ont même matière, même forme, même ministre : telle est la doctrine de Bellarmin (1). A l'objection élevée par Melchior Cano au sujet de la *forme*, qui devrait consister dans des paroles sacrées, comme dans tous les autres sacrements, Bellarmin répond qu'en devenant un sacrement le mariage n'a pas cessé d'être un contrat, qu'il a conservé la nature et les propriétés du contrat, et que, des personnes muettes étant capables de se marier, elles doivent être capables aussi de poser les actes d'où résulte le sacrement de mariage. Il ne

gium gratiam conferri. Ubi jurisconsulti *probabilius*, ut equidem sentio, quam theologi loquuntur. » *De Locis theologicis*, lib. VIII, cap. V. (Bassano, 1776, pages 175 et 179.)

(1) « At quia sententia communis et vera distinctionem istam omnino ignorat, et nihil interesse statuit inter contractum conjugii christiani, ejusque materiam, formam et ministrum ; et sacramentum conjugii, ejusque materiam, formam et ministrum : ita ut quod sufficit ad contractum istud celebrandum, idem sufficiat ad sacramentum celebrandum ; inde fit ut dum Canus totis suis viribus probare conatur matrimonium sine forma verborum a ministro ecclesiastico prolata celebratum non esse sacramentum, simul etiam probet, quantum in se est, nullum revera esse in Ecclesia Matrimonii sacramentum. » Bellarmin, *de Matrim.* Controv. II, cap. VI.

faut donc pas prendre à la lettre ce qui est dit de la *forme* des sacrements; dans celui-ci, les signes tiennent naturellement lieu des paroles. Le consentement des époux, de quelque manière qu'il soit exprimé, est le signe, la figure de l'union de Jésus-Christ avec son Église, et à ce signe est attachée la grâce, si nécessaire aux époux chrétiens, de s'aimer l'un l'autre du même amour dont s'aiment Jésus-Christ et son Église. Ainsi raisonnait Bellarmin; et il citait le concile de Florence (1), d'après lequel la *cause efficiente* du mariage (sacrement) est le consentement même des époux; il citait le concile de Trente, qui proclame la validité des mariages contractés hors de la présence du prêtre, avant le décret qui rend son intervention obligatoire sous peine de nullité. Est-il croyable que le concile, supposé que l'opinion contraire fût vraiment soutenable, eût souffert que les fidèles ainsi mariés fussent à jamais privés de la grâce du sacrement? Voilà ce que répondait Bellarmin au célèbre théologien espagnol, et il faut avouer que son argumentation, réduite ici à sa plus simple expression, n'est nullement à dédaigner (2).

(1) Le concile de Florence s'exprime ainsi : « Septimum est sacramentum matrimonii, quod est signum conjunctionis Christi et Ecclesiæ, secundum Apostolum. *Causa efficiens matrimonii regulariter est mutuus consensus per verba de præsenti expressus.* »

(2) Aujourd'hui de graves raisons, tirées des dernières décisions du Saint-Siége, s'ajoutent à l'argumentation de Bellarmin, et ne nous permettent pas, quant à nous, d'admettre la moindre distinction réelle entre le contrat et le sacrement de mariage, ni de regarder comme probable l'opinion qui fait du prêtre le ministre du sacrement. Nous savons ce qu'a écrit là-dessus Benoît XIV (*de Synodo Diœces.*

Maintenant, voyons l'usage que nos théologiens français, dans telles circonstances données, pourront faire de l'opinion de Melchior Cano et comment elle leur servira à justifier les prétentions du pouvoir civil. Le lecteur, ce me semble, le prévoit déjà. Il y a dans le mariage un sacrement de la loi de grâce en même temps qu'un contrat civil. Tel est le point de départ conforme au système du théologien espagnol. Le contrat, il est vrai, est la matière du sacrement; mais non pas tout contrat, le contrat légitime seulement. Or

l. VIII, cap. XIII); il maintient la probabilité du sentiment de Melchior Cano, tout en reconnaissant que le sentiment contraire est d'une autorité bien supérieure. Le P. Martin, que nous avons cité plus haut, et qui n'était pas de l'école de Melchior Cano, s'abstient pourtant de prendre positivement parti pour ou contre (Cf. *De Matrim.*, § 105, 6°, t. I, p. 288-289). Le P. Perrone, au contraire, combat avec ardeur Melchior Cano et consacre plus d'une centaine de pages (*De Matrimonio christiano*, lib. I, cap. II, t. I, p. 46-165) à réfuter un système qu'il regarde comme la source des erreurs modernes sur le mariage. Nous connaissons des théologiens qui attachent moins d'importance à cette question, qui ne la croient pas encore définitivement tranchée, et qui persistent à considérer le prêtre comme le ministre du sacrement de mariage. Tout ce que nous pouvons leur accorder, c'est que, là où le décret du concile de Trente est en vigueur, le prêtre contribue d'une manière efficace à la validité et du contrat et du sacrement; mais on ne peut pas dire de lui, à propos du mariage, *conficit sacramentum*, comme on le dit lorsqu'il s'agit de la sainte Eucharistie. Il est vrai qu'on dit quelquefois d'un notaire qu'il *fait* un testament, en ce sens qu'il le revêt, par sa présence, de l'authenticité sans laquelle il ne serait pas valable. Mais le véritable auteur du testament, c'est celui qui dispose de son bien. Je ne m'opposerais pas à ce que l'on affirmât que le prêtre est, de la même manière, *ministre* du sacrement de mariage. (*Minister est, utique, æquivoce, non univoce.*)

c'est au prince, c'est au législateur de déterminer les conditions qui rendent le contrat légitime; puisque son pouvoir s'étend sur le contrat, il peut établir des empêchements dirimants. Telle est la conclusion gallicane.

Écoutez plutôt ce que nous raconte l'historien de Louis XIII, à propos du mariage de Gaston d'Orléans. L'argumentation que nous venons de résumer en ces quelques mots, c'est précisément celle qu'on opposait à ce fils de France pour lui prouver qu'il n'avait pu contracter un vrai et légitime mariage avec la princesse Marguerite de Lorraine : « Le duc d'Orléans ne parut pas persuadé que son mariage fût véritablement dissous par cet arrêt (1). Il prétendait que c'était aux ecclésiastiques à juger une affaire où il s'agissait de la validité d'un sacrement de l'Église. On lui répondait qu'il ne pouvait y avoir de sacrement dans le mariage, sans un contrat légitime et conforme aux lois du royaume; que ce contrat en était la matière essentielle, sans laquelle le sacrement ne pouvait exister; que la connaissance de ce qui regarde la validité du contrat appartenait incontestablement aux juges royaux; et que s'ils décidaient une fois que le contrat était nul, dès lors on devait nécessairement supposer qu'il ne pouvait y avoir de sacrement; que si l'on venait à douter qu'un homme eût été baptisé avec de l'eau naturelle, l'on serait obligé de s'en rapporter à la décision des médecins et des naturalistes; et que

(1) L'arrêt rendu par le parlement le 5 septembre 1634.

s'ils jugeaient que la liqueur qu'on aurait employée n'était pas de l'eau véritable, il faudrait nécessairement en conclure qu'il n'y avait point eu de sacrement de baptême (1). »

Ce dernier raisonnement est vraiment spécieux, et il semblerait sans réplique, dans le système de Melchior Cano. On y répond toutefois : l'eau est la matière éloignée du baptême (*materia remota*), et l'on en tombe d'accord, les naturalistes sont compétents pour juger si tel liquide est ou n'est pas de l'eau. Mais les naturalistes n'ont pas à se prononcer sur la validité de l'ablution, qui est la matière prochaine du baptême.

Par la même raison, les juges royaux n'ont pas qualité pour prononcer sur la légitimité du contrat, qui est la matière prochaine du sacrement de mariage (2).

(1) V. le P. Griffet, continuation de l'*Histoire de France* du P. Daniel, t. XIII, p. 483.

(2) C'est le raisonnement que fait le cardinal Gerdil dans son beau Traité du Mariage : « Valutabile sarebbe la parità, quando il matrimonio come contratto fosse materia del matrimonio come sacramento, nella stessa guisa che l'acqua è materia nel Battesimo ; cioè ove si potesse, o si dovesse dire che l'acqua sia sacramento, o abbia in se ragione di sacramento siccome si può e si dee dire che il matrimonio, qual si fa per via di contratto sotto le debite condizioni, è vero sacramento ed ha in se la raggione et l'esser di sacramento, talchè nel ricevere il sacramento di matrimonio, altro non sia l'essere del matrimonio *contratto*, altro l'essere del matrimonio *sacramento*, ma sia il medesimo identico essere di matrimonio *contratto* insieme e *sacramento*. Quindi sorge una disparità.... » Là-dessus l'illustre auteur cite saint Thomas, 3 Part., q. 66, art. 1, le Catéchisme Romain, part. 2, de Sacram. Baptismi, n. 6. Sur quoi il ajoute :

Au reste, nous l'avons dit, Urbain VIII adjugea gain de cause à Gaston d'Orléans et reconnut la validité du mariage qu'il avait contracté, sans le consentement du roi son frère, avec Marguerite de Lorraine.

Huit jours avant sa mort, Louis XIII consentit enfin à souscrire à cette suprême sentence; cependant il y mit pour condition que le mariage de son frère serait de nouveau célébré en France, ce qui fut exécuté, dit le président Hénault, le 26 mai, douze jours après la mort du roi. Il y eut publication de bans le 25, et l'archevêque de Paris, Jean-François de Gondi, en fit la cérémonie à Meudon, où Gaston déclara, « qu'il était venu pour ratifier son mariage qu'il n'était pas nécessaire de renouveler, puisqu'il avait été fait en face de l'Église, mais que ce qu'il en faisait était pour obéir aux volontés du roi. » En conséquence, l'archevêque prononça : *Ego vos conjungo in matrimonium, in quantum opus est.*

Étrange scrupule de la conscience gallicane!

« Però l'acqua nel Battessimo e materia *soltanto remota*, come si ammette universalmente da tutti. » Cf. Gerdil, *Trattato del Matrimonio*, p. 134-135. (Opp., t. XV. Rome, 1809.)

CHAPITRE XI.

LAUNOY, POTHIER, DURAND DE MAILLANE.

On voit par là comment la théologie entre dans l'histoire, et comment l'histoire, à son tour, explique les vicissitudes de la théologie, trop souvent soumise aux influences des pouvoirs terrestres. Comme il est nécessaire qu'il y ait à Rome un juge qui ne subit pas ces mêmes influences, et que serait devenue la morale chrétienne si elle n'avait été protégée par ce ferme rempart dont la résistance continue, à travers les siècles, à défier tous les assauts?

Si l'on veut se faire une idée des incroyables aberrations et des procédés excentriques dans lesquels peut donner la théologie inféodée à l'État, on n'a qu'à lire les œuvres du docteur Launoy, particulièrement son célèbre traité intitulé : *Regia in Matrimonium Potestas*, du pouvoir des rois sur le mariage. C'est vraiment de la théologie retournée, c'est-à-dire s'attaquant à son principe et s'efforçant de faire partout triompher l'élément laïque aux dépens des droits les mieux constatés et les plus clairement définis de l'Église. Un canon du concile de Trente (Sess. XXIV,

can. 4) frappe d'anathème quiconque ose dénier à l'Église le droit d'établir des empêchements dirimants. Petite difficulté pour Launoy! L'Église, dit-il, c'est l'ensemble de tous les fidèles, des princes aussi bien que des pasteurs; pour que le concile de Trente ait raison, il suffit donc que le pouvoir en question appartienne aux princes, comme il leur appartient en effet, et ce n'est que par une concession gratuite, toujours révocable, que les papes ont pu l'exercer concurremment avec eux. Voilà tout le fond de ce volumineux ouvrage, où une abondante érudition est mise au service d'une mauvaise cause avec une ardeur que nous voudrions croire sincère, mais que la passion égare à tout moment. Launoy passe en revue toutes les causes matrimoniales depuis l'origine de la monarchie française, jusques et y compris le règne de Louis XIII; il débute par Mérovée et Clotaire, par sainte Godeberte et sainte Salaberge, il parcourt règne par règne les trois races de nos rois, et il ne s'arrête qu'au dernier règne, où il traite fort au long le cas de Gaston d'Orléans et de Marguerite de Lorraine (1). Il va sans dire qu'il recueille partout des preuves irréfragables du pouvoir de nos rois sur le mariage chrétien. Le bon roi Robert, Philippe Auguste, Philippe le Bel, ce terrible vengeur des libertés gallicanes, lui fournissent naturellement les plus belles pages. C'est dommage

(1) L'ouvrage de Launoy, *Regia in matrimonium Potestas*, se trouve au t. I, 2e partie, de ses Œuvres, Genève (Coloniæ Allobrogum), 1731, p. 625-1000. Il est dédié au procureur général Achille de Harlay.

que le savant docteur de Navarre n'ait pas rencontré sur sa route un Henri VIII !

Tout cela nous paraît bizarre à distance, et nous en prenons facilement notre parti ; la plupart des arguments de Launoy ne feraient nulle impression sur un théologien du XIXe siècle, à tel point s'est évanoui le prestige qui fascinait les meilleures têtes sous le règne de Louis XIV et auquel on n'échappait guère, eût-on la science et le génie d'un Bossuet. C'est pourtant de cela que la théologie française a vécu pendant la seconde moitié du XVIIe siècle, pendant le XVIIIe siècle tout entier, et il ne faudrait pas chercher bien loin dans nos souvenirs pour trouver des prêtres pieux et instruits dont la doctrine ne différait de celle de Launoy que par ces adoucissements auxquels ne se refusent jamais les pacifiques lorsqu'ils ont à essuyer des contradictions trop vives et des censures trop alarmantes pour leur conscience (1).

On le devine, les jurisconsultes donnaient la main aux théologiens de l'école de Launoy ; il le fallait bien pour justifier la conduite des parlements, leurs empié-

(1) Tout le monde sait que le vénérable M. Carrière, de Saint-Sulpice, regardait comme probable le sentiment qui attribue à l'État le pouvoir d'établir des empêchements dirimants, d'où il concluait que, dans la pratique et en conscience, il fallait tenir compte de toutes les nullités prononcées par le Code civil. (Cf. Carrière, *de Matrim.*, nº 936-1046.) Plus tard il désavoua cette doctrine, ainsi que l'atteste le P. Perrone : « Utpote pius et doctus veritus non est quæ antea scripserat minus conformia doctrinæ Ecclesiæ Romanæ rejicere et retractare. » (*De Matrim. Christiano*, t. II, p. 357.)

tements sur les officialités, à la juridiction desquelles ils arrivaient à soustraire, sous divers prétextes, presque toutes les causes matrimoniales. Déjà nous avons vu ce que pensait là-dessus Pontchartrain et les leçons qu'il donnait au parlement d'une grande province, assez récemment réunie à la France (1); mais c'est à Pothier qu'il faut recourir si l'on veut trouver, sous sa forme la plus nette et la plus accentuée, la pure doctrine parlementaire. Elle est exposée avec un certain appareil d'érudition, avec argumentation et textes à l'appui, dans son *Traité du contrat de mariage*, dont nous avons sous les yeux l'édition de 1772 (c'est l'année de la mort de Pothier). Arrêtons-nous-y quelques instants comme à la dernière étape du chemin parcouru par l'ancien régime depuis le concile de Trente et l'édit de Blois. De là on arrive, sans beaucoup d'effort, au mariage civil inauguré, dès l'aurore de la Révolution, par les auteurs de la constitution civile du clergé et de la déclaration des droits de l'homme.

Singulier contraste ! Pothier parle encore une langue toute chrétienne, la langue de la théologie et des conciles, et il ne rougit pas de Jésus-Christ ; mais il donne en plein dans le dualisme gallican et il sépare si bien le contrat du sacrement que l'État finit par avoir tout pouvoir sur le mariage.

« Le mariage que contractent les fidèles, étant un contrat que Jésus-Christ a élevé à la dignité de sacre-

(1) Chap. VII, p. 88.

ment, pour être le type et l'image de son union avec son Église, il est tout à la fois et contrat civil et sacrement (1). »

Ceci n'est pas l'exacte théologie. Avant d'être élevé à la dignité de sacrement et dès son institution première, le mariage était déjà le type de l'ineffable union de Jésus-Christ avec l'Église, et c'est pour cela même que Jésus-Christ l'a élevé à la dignité de sacrement. Mais passons; l'erreur capitale de l'éminent jurisconsulte, c'est de voir dans le contrat de mariage, séparé du sacrement, un contrat comme tous les autres, un simple *contrat civil*, ce qui n'est pas même admissible en bonne et sérieuse philosophie.

« Le mariage, » poursuit-il, « étant un contrat, appartient de même que tous les autres contrats à l'ordre politique, et il est en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile; le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il en est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société. »

Voilà donc le contrat de mariage assimilé à *tous les autres contrats*, et même un peu plus dépendant que les autres de l'autorité séculière, parce qu'il intéresse plus que les autres le bon ordre de la société civile!

(1) *Traité du Contrat de mariage*, ch. III, art. 1er, n° 11, édit. d'Orléans, 1772.



A ce compte, la même autorité aurait aussi beaucoup à intervenir dans le règlement des droits du père de famille. Mais on reconnaît assez généralement que la paternité est de droit naturel et divin, et qu'elle constitue un domaine à part, inviolable à la loi civile. Il en est de même du mariage. Cela est si vrai qu'il s'est rencontré des théologiens et des philosophes qui se sont demandé si c'était bien un contrat. Hegel, — qu'on ne s'attendait pas peut-être à rencontrer ici, — Hegel s'est prononcé pour la négative, tant il était frappé de cette idée qu'il n'y a rien d'arbitraire, rien de facultatif dans le mariage, et que nous n'en réglons pas les conditions à notre gré comme nous réglons celles des autres contrats (1). La belle et profonde philosophie vraiment, qui consiste à mettre le contrat de mariage sur la même ligne que le bail à ferme, l'emphythéose et le cheptel ! Un contrat qui engage la personne elle-même,

(1) Citons encore ici le savant cardinal Gerdil: « Vi ha chi ha eccitata qualche difficoltà intorno alla denominazione di *Contratto* attribuita al Matrimonio nello stato di natura; sotto pretesto che da S. Tommaso, e da' Dottori più antichi che l'hanno preceduto, il Matrimonio, ossia l'unione conjugale in quello stato si denomina non *Contratto*, ma *Officium naturæ*. Ma chechesia dell' asserzione, ben chiaro si comprende come il dire che l' unione conjugale fu prima instituita *in officium naturæ*, non esclude punto la volgare comune denominazione di *Contratto*, sotto cui suole questa designarsi anche nello stato di natura. L'unione conjugale, che è il Matrimonio, considerata come *officium naturæ* suppone la mutua reciproca podestà dell' uomo sul corpo della donna e della donna sul corpo dell' uomo; e questa mutua podestà sorge dal mutuo esternato legitimo consenso delle parti : consenso in cui sta la base e come l' essenza d'ogni contratto. » Gerdil, op. laud., p. 81, note.

son âme et sa vie; un contrat qui asseoit la famille sur sa vraie base et qui donne commencement à des destinées immortelles; un contrat d'où il résulte des droits comme ceux que l'Apôtre énonce dans la première épître aux Corinthiens : *Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir*... (I *Cor.*, VII, 4); rabaisser ce contrat au niveau des autres, le soumettre aux vicissitudes de la loi humaine, au caprice du législateur quel qu'il soit, c'est la plus regrettable erreur de l'ancien régime et par où il inclinait, sans le soupçonner le moins du monde, aux idées qui triomphèrent en 89. Certes Pothier, un chrétien de vieille roche, n'est pas suspect de s'être entendu avec Jean-Jacques Rousseau; et cependant, comme on le verra tout à l'heure, il préparait la voie aux plus hardies applications du *Contrat social*, et ceux qui mirent la main à l'œuvre fatale, quelque vingt ans plus tard, n'étaient pas, à l'époque où Pothier écrivait, beaucoup plus avancés que lui.

« Les princes séculiers, » continue le célèbre jurisconsulte, « ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement (*empêchements dirimants, nullités*). Les mariages que les personnes sujettes à ces lois contractent contre leur disposition, lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle commune à tous les contrats : que tout contrat est nul lorsqu'il est fait contre la disposition des lois : *nullum contractum, nullum conventum lege contrahere prohibente.* »

Je ne m'arrête pas à réfuter cette argumentation, qui n'est vraiment pas d'une grande force. Lorsqu'un pouvoir prononce une nullité, la question de savoir s'il en a le droit n'est pas résolue par le seul fait de son affirmation. Nous avons vu plus haut Louis XIII déclarer certains mariages *non valablement contractés*, puis reconnaître qu'il n'a pu, de son autorité royale, invalider que l'acte civil; il y avait alors mariage, mais mariage dépouillé de ses effets civils par rapport aux successions. La maxime de droit invoquée par Pothier est-elle bien exacte et se vérifie-t-elle dans tous les cas? S'il disait vrai, tous les empêchements seraient *dirimants*, il n'y aurait pas d'empêchements *prohibitifs*. Qui admettra jamais cette conséquence? Le Code Napoléon annule les mariages contractés par les enfants mineurs sans le consentement de leurs parents. En outre, il est une loi qui interdit le mariage aux soldats en activité de service; mais les mariages contractés au mépris de cette loi n'en sont pas moins bons et valables, même par rapport aux effets civils. Il est donc faux que toute prohibition ait pour conséquence une nullité, et que le législateur annule, autant qu'il est en lui, l'acte qu'il défend. On peut voir, dans un savant commentaire de M. Demolombe (1), que la maxime équivoque: *Nullum contractum, nullum conventum*, etc., prise au pied de la lettre, est beaucoup plus souvent fausse que vraie, et l'on admirera que le grave et judicieux Pothier ait eu recours pour établir sa thèse à

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, t. III, n° 237, p. 374.

un misérable lieu commun qui, à force de vouloir prouver, ne prouve absolument rien.

Nous ne passerons pas en revue les arguments, cent fois réfutés, que Pothier emprunte à Launoy et aux autres théologiens de la même école. Lorsqu'il cite les empereurs chrétiens qui ont interdit certains mariages, sous peine de nullité, il oublie que leurs édits n'étaient que la sanction légale du droit canonique, dont ils avaient expressément reconnu l'autorité. Nous accordons notre sanction aux saints canons que nous suivons de tout point, disait Justinien : *Sancimus igitur sacras per omnia sequentes regulas* (C. I). Si nous faisons respecter les lois civiles, nous devons veiller avec encore plus de zèle à l'observation des lois de l'Église qui ont pour objet le salut de nos âmes : *Si civiles leges, quarum potestatem nobis Deus pro sua in homines benignitate credidit, firmas ab omnibus custodiri, ad obedientium securitatem, studemus, quanto plus studii adhibere debemus circa sacrorum canonum et divinarum legum custodiam, quæ super salute animarum nostrarum definitæ sunt* (Novel. 137). De la sorte, tout s'explique par l'harmonie qui régnait alors entre les deux pouvoirs, car il ne répugne en aucune façon que la même loi soit placée sous la sauvegarde d'une double sanction. Ce qui répugne, au contraire, c'est que l'Église et l'État, sans se concerter, sans s'entendre, exercent sur le même objet la plénitude de leur autorité législative ; et c'est pourtant ce que Pothier était obligé d'admettre, contre toute logique, en reconnaissant l'autorité de l'Église sur les mariages (*ibid.*, art. II, n° 19-22).

Mais, on le devine, il ne s'agissait plus alors que d'une autorité amoindrie et dépendante, la seule qui fût au gré des parlements et des nombreux auxiliaires qu'ils comptaient dans les rangs du clergé français.

Dans la pratique, il fallait bien faire fléchir de pareils principes, car ils auraient mené droit au schisme. Les ménagements nécessaires furent gardés jusqu'aux dernières années de l'ancien régime. La paix, une paix souvent troublée, était maintenue au prix de concessions réciproques, et l'on pouvait croire à la continuation de cet état de choses, si la Révolution n'était survenue.

Durand de Maillane, qui certes, en fait d'attachement aux opinions gallicanes, ne le cédait à aucun des légistes de ce temps-là, et qui joua plus tard le rôle que l'on sait au sein des assemblées révolutionnaires, Durand de Maillane écrivait lui-même vers 1770, c'est-à-dire à la même époque où Pothier mettait la dernière main à son *Traité du contrat de mariage :*

« Les auteurs qui, considérant le mariage comme un contrat civil et spirituel tout ensemble, n'ôtent pas à l'une des deux puissances le droit d'établir des empêchements de mariage pour le donner exclusivement à l'autre, trouvent des autorités suffisantes pour l'attribuer à toutes deux séparément ; et c'est le parti qu'il faut prendre sur cette importante question. L'on ne saurait se ranger du côté de ceux qui, par rapport à la liberté des sujets, à l'intérêt politique des souverains, que l'Église ne peut léser ni directement ni indirectement, et à plusieurs autres raisons, soutiennent que

les princes peuvent apporter seuls à ce contrat, le plus important de la société, telles conditions que le bien de l'État peut exiger (1). » Il terminait cet article en disant : « Jusqu'à présent les deux puissances se sont assez bien accordées sur cette matière, soit à cause de la piété de nos souverains, soit pour d'autres motifs également sages. »

Qui lui eût dit alors que cette harmonie ne régnerait pas toujours, et que lui-même contribuerait plus qu'aucun autre à la rompre, à consacrer dans les lois la séparation destinée à devenir le principe du droit moderne, lui eût causé sans doute le plus grand étonnement, tant il restait encore de chemin à faire pour arriver à cette dernière et pourtant fatale conséquence!

Vingt ans plus tard il aurait reconnu l'exactitude de cette prophétie complétement réalisée à l'époque où, devenu membre de la Constituante, il faisait partie du comité ecclésiastique. Une circonstance en apparence insignifiante mit la question à l'ordre du jour et précipita les événements.

Le curé de Saint-Sulpice, pour obéir, disait-il, à des *lois* canoniques particulières à la France, et dont nous sommes loin d'approuver la rigueur, avait refusé la bénédiction nuptiale à un acteur du Théâtre-Français, celui-là même qui devait rendre un jour si célèbre le nom de Talma. En des temps réguliers tout se fût terminé devant les tribunaux, sans que la France eût

(1) *Dictionnaire de Droit canonique*, V° Empêchements.

lieu de s'en émouvoir; mais il n'en allait pas ainsi en 1790, et il fallait qu'une pareille affaire eût du retentissement jusqu'au sein de l'assemblée qui concentrait en elle tous les pouvoirs du pays. Dans la séance du 12 juillet, le secrétaire lut une lettre, d'un style quelque peu déclamatoire, dont le signataire, qui n'était autre que le sieur Talma, disait aux représentants de la nation : « Je me prosterne devant Dieu, je professe la religion catholique, apostolique et romaine. Comment cette religion peut-elle autoriser le déréglement des mœurs?... Je m'abandonne avec confiance à votre justice. »

Gouttes, — un curé constitutionnel, — se lève et dit : « Une expérience de vingt-deux ans m'a mis à portée de connaître qu'il y a une grande différence entre le contrat civil et le sacrement de mariage. Je demande qu'il soit adjoint au comité ecclésiastique, pour l'examen de la question, trois membres bien instruits des lois canoniques (1). »

Hélas! il n'en manquait pas sur les bancs de la Constituante; les leçons de Launoy et de ses pareils avaient porté leurs fruits. L'assemblée renvoya la lettre de Talma au comité ecclésiastique. Ce fut alors que Durand de Maillane, d'accord avec ses collègues Lanjuinais, Treilhard, Expilly, dressa le premier projet de loi sur le mariage civil, une institution par laquelle fut entièrement sécularisé le seul contrat que Jésus-Christ ait élevé à la dignité de sacrement.

(1) Voir le *Moniteur* du 13 juillet 1790.

CHAPITRE XII.

LE MARIAGE CHRÉTIEN DÉFENDU PAR PIE VI.

Lorsque Pie VI, à son retour de Vienne, rentra au Vatican, rapportant, pour tout prix d'une démarche si extraordinaire, de vagues promesses sans aucune concession d'une véritab'e importance, les Romains, qui avaient généralement blâmé son voyage, l'accusèrent d'avoir mal à propos humilié la majesté de la tiare devant Joseph II, l'empereur philosophe, et son digne ministre le prince de Kaunitz. Quelques-uns même allèrent plus loin, et, pensant qu'il méritait une leçon, ils prirent à tâche de la lui donner aussi rude que possible. Un jour le pape trouva sur son prie-dieu un écrit satirique où il lut ces mots : « Ce que Grégoire VII, le plus grand des pontifes, a établi, Pie VI, le dernier des prêtres, l'a détruit. »

Le trait était vif, comme on voit, disons mieux, d'une souveraine injustice. Pie VI le reçut sans sourciller, sans se plaindre. Pour toute réponse, il demanda un crayon et il écrivit au-dessous : « Le royaume de Jésus-Christ n'est pas de ce monde. Rendons à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu. »

Politique toute surnaturelle et vraiment digne du représentant de Jésus-Christ!

Telle fut en effet celle de Pie VI, le pèlerin apostolique, telle encore celle de tous ses doux et humbles successeurs jusqu'à Pie IX, aujourd'hui régnant; et ils eurent l'occasion de la pratiquer non-seulement sur le trône, où ils déployèrent une extrême mansuétude mêlée de vigueur apostolique, mais encore dans les épreuves redoublées de la captivité et de l'exil, à Valence et à Savone aussi bien qu'à Gaëte.

Avec cela, ils n'ont rien à envier aux pontificats les plus illustres, les plus éclatants dans l'histoire. Que pourrait ajouter à leur gloire toute chrétienne le fier génie d'un Jules II ou d'un Sixte-Quint?

Quoi qu'en puisse penser la sagesse du siècle, courte par tant d'endroits, ce qu'il y a d'indubitable pour tout observateur attentif, c'est que l'héritage sacré du prince des apôtres, c'est-à-dire le patrimoine spirituel des âmes, n'a pas dépéri entre leurs mains.

On en trouvera, dans l'importante matière qui nous occupe, des preuves nouvelles et peu connues, dont quelques-unes sont d'une singulière éloquence.

Comme on a pu le voir précédemment, la lutte de la papauté en faveur du mariage chrétien, une des grandes institutions de la loi nouvelle, un des grands moyens de sanctification établis par Jésus-Christ même, cette lutte n'a pour ainsi dire jamais cessé, mais elle avait pris le caractère le plus alarmant à la fin du XVIII[e] siècle, parce que les attaques venaient du dedans encore plus que du dehors, et que la cause de

l'Église était trahie par ses naturels défenseurs. Non-seulement Joseph II, mais presque tous les princes catholiques de ce temps, appartenant aux deux grandes maisons de France et d'Autriche, et agissant en ceci avec un rare concert, ces princes, disons-nous, ou plutôt leurs ministres, qui s'appelaient Kaunitz, Choiseul, d'Aranda ou Tanucci, avaient trouvé moyen d'enrôler sous leur bannière bon nombre de théologiens, de prêtres, d'évêques même qui allaient avec eux à l'assaut des droits du Saint-Siége et donnaient la main aux empiétements du pouvoir civil. Joseph II avait deux frères, Léopold et Maximilien, l'un grand-duc de Toscane, l'autre archevêque-électeur de Cologne, qui travaillaient avec l'appui d'un grand nombre de membres du clergé à l'application du funeste système que l'empereur avait inauguré lui-même dans ses États d'Allemagne et des Pays-Bas. Rappeler le synode de Pistoie, le congrès d'Ems, nommer des théologiens et des canonistes tels que Tamburini, Eybel et Le Plat, c'est en dire assez pour qui connaît l'histoire de cette triste époque. Nous ne craignons pas de l'affirmer, jamais l'intégrité de la foi et de la discipline ecclésiastique ne fut plus entamée au cœur de la catholicité et sous des princes qui devaient à de pieux ancêtres, avec l'éclat de leur couronne, un ascendant alors très-considérable encore sur la politique générale de l'Europe.

Parlerai-je de la France, en proie à l'incrédulité railleuse des philosophes, à la plaie du jansénisme, envahie dans ses parties les plus saines par des opinions malheureusement trop voisines de celles que préconi-

sait Joseph II? Ainsi se préparait le schisme constitutionnel, conséquence extrême, mais logique et inévitable, de ce qui avait usurpé une si grande faveur sous le nom dérisoire de *libertés gallicanes*.

Nous en sommes bien revenus, grâce aux plus douloureuses expériences, et l'on perdrait aujourd'hui sa peine à tenter la résurrection de pareilles doctrines. Il est trop évident que c'est par là que l'ancien clergé français, d'ailleurs si respectable, a reçu les plus graves atteintes, lorsqu'il fallait être invulnérable, et que sa force eût été doublée au jour de l'épreuve s'il eût obéi comme un seul homme à la voix de son véritable chef, le vicaire de Jésus-Christ. On n'eût pas vu alors, dès les premiers jours de la Révolution, un Grégoire ou un Expilly passer pour les représentants légitimes de l'Église de France, et ces théologiens d'un nouveau genre, en compagnie d'avocats jansénistes, investis de pleins pouvoirs pour renouveler de toutes pièces les institutions d'un grand peuple catholique.

Eh bien, qu'on ne l'oublie pas, c'est en ces mêmes années, à l'époque où l'Allemagne, l'Italie et les Pays-Bas sont envahis par le joséphisme, où la France est ravagée par le schisme et bientôt après en proie à toutes les horreurs de la persécution la plus atroce qui ait éclaté depuis le règne de Dioclétien, c'est alors que le Pontife romain élève la voix et qu'avec une autorité incomparable, comme il aurait pu le faire en des jours plus heureux, au milieu de la paix et de la concorde universelle, il juge, il condamne, il définit, il répand avec profusion la lumière sur les vérités que le siècle

méconnaît et qui seront un jour le salut du monde. Oui, c'est aux dates les plus néfastes de notre histoire que se rattachent ces grandes manifestations de la puissance pontificale. La bulle *Auctorem fidei*, par exemple, est du 28 août 1794. Une grande partie du bullaire de Pie VI marque chacun des progrès, chacune des étapes sanglantes de la Révolution, et répond à chacun de ses attentats, tantôt par une flétrissure infligée aux persécuteurs, tantôt par une direction offerte aux consciences troublées ou par un hommage rendu aux victimes. Et de tout cela se dégage un parfum de vie et comme un arome de vérité, où l'on puise le pressentiment d'un avenir meilleur, ou plutôt la certitude que Jésus-Christ ne nous a pas laissés orphelins, et qu'il continuera d'être avec nous, comme il l'a promis, jusqu'à la consommation des siècles.

Dans un moment où la papauté était si menacée, il semblerait qu'elle eût pu se relâcher de quelques-uns de ses droits et abandonner au pouvoir séculier, qui s'en montrait si jaloux, une partie de sa juridiction sur les causes matrimoniales. Elle n'en fera rien pourtant, et elle ne cessera de réclamer contre tous les empiétements, de quelque part qu'ils viennent.

A Naples, le duc Magdaloni est en procès avec dona Cardenas, son épouse, qui plaide en nullité de mariage, et l'archevêque prononce la nullité. Le duc ayant interjeté appel, la chambre royale renvoie l'affaire devant une commission composée du grand chapelain ou aumônier, de deux juges ecclésiastiques et de deux conseillers laïques. On voulait décliner le juge-

ment du Saint-Siége. Le pape fait exposer ses droits, mais en vain. Une nouvelle commission est saisie de l'affaire par ordre du prince : elle était composée d'Étienne Cortez, évêque de Motola, de deux juges laïques et de deux théologiens. Le 7 juillet 1788, ce prélat confirma la sentence de l'archevêque de Naples. Il n'en avait pas le droit, puisque sa juridiction émanait du pouvoir temporel, pouvoir incompétent dans les *causes matrimoniales*. Pie VI réclama hautement contre cette violation des droits de l'Église, et la lettre qu'il écrivit alors à l'évêque de Motola résume avec une admirable clarté et une grande vigueur d'expression toute la doctrine du concile de Trente.

« L'Église, » y est-il dit, « à qui a été confié tout ce qui regarde les sacrements, a seule tout droit et tout pouvoir d'assigner la forme au *contrat* de mariage, élevé à la dignité plus sublime de sacrement, et par conséquent de juger de la validité et de l'invalidité des mariages. Cela est si clair et si évident, que, pour obvier à la témérité de ceux qui, par écrit ou de vive voix, ont soutenu, comme plusieurs le font encore, des choses contraires au sentiment de l'Église catholique et à la coutume approuvée depuis le temps des apôtres, le saint concile de Trente a cru devoir joindre (à ses décrets) un canon spécial, où il déclara généralement anathème quiconque dira que les causes matrimoniales n'appartiennent pas aux juges ecclésiastiques. Nous n'ignorons pas qu'il en est quelques-uns qui, accordant beaucoup trop à l'autorité des princes séculiers, et interprétant les paroles de ce décret d'une manière

captieuse, cherchent à soutenir leurs prétentions en ce que les Pères de Trente ne s'étant pas servis de cette formule : *aux seuls juges ecclésiastiques*, ou, *toutes les causes matrimoniales*, ont laissé aux juges laïques le pouvoir de connaître des causes matrimoniales dans lesquelles il s'agit d'un simple fait; mais nous savons aussi que cette subtilité et ces artificieuses vétilles n'ont aucun fondement (toute l'ancienne jurisprudence française reposait là-dessus pourtant!), car les paroles du canon sont tellement générales, qu'elles renferment et embrassent toutes les causes (*verba canonis ita generalia sunt, omnes ut causas comprehendant et complectantur*). Quant à l'esprit ou à la raison de la loi, telle en est l'étendue qu'il ne reste lieu à aucune exception ou à aucune limitation; car si ces causes appartiennent au jugement seul de l'Église, par cette raison que le contrat matrimonial est vraiment et proprement un des sept sacrements de la loi évangélique, comme cette raison, tirée du sacrement, est commune à toutes les causes matrimoniales, de même aussi toutes ces causes doivent regarder uniquement les juges ecclésiastiques, la raison étant la même pour toutes. Tel est aussi le sentiment universel des canonistes, sans excepter ceux que leurs écrits ne montrent que trop n'être aucunement favorables aux droits de l'Église. En effet, pour nous servir des paroles de Van Espen, *il est reçu d'un consentement unanime, que les causes des sacrements sont purement ecclésiastiques; et que, quant à la substance de ces sacrements, elle regarde exclusivement le juge ecclésiastique, et que le juge séculier ne peut rien*

statuer sur leur validité ou invalidité, parce que, de leur nature, elles sont purement spirituelles. Et certes s'il s'agit de la validité du mariage même, le seul juge ecclésiastique est compétent, et lui seul en peut connaître. »

Ainsi s'exprime Pie VI, et, — la remarque est du cardinal Gousset (1), — ce pape ne parle point ici comme simple docteur, mais, ainsi qu'il le dit lui-même, il parle et il décide en dernier ressort, *comme celui qui, étant assis sur la chaire de Pierre, a reçu de Notre-Seigneur le pouvoir d'enseigner et de confirmer ses frères.*

C'est d'une matière encore plus solennelle que, dans la bulle *Auctorem fidei*, il prononce la condamnation des erreurs professées par Scipion Ricci et ses adhérents au synode de Pistoie, et contenues dans les actes de cette assemblée schismatique. Nous le disions tout à l'heure, cette bulle parut en 1794 (28 août), et elle garde l'empreinte de cette triste date dans un magnifique préambule où l'auguste pontife se montre à l'univers catholique supportant les jours mauvais et résistant à la tempête, les yeux tournés vers Jésus-Christ, l'Auteur et le Consommateur de notre foi. (*Auctorem fidei et consummatorem Jesum*, premiers mots de cette célèbre constitution et d'où elle tire son nom.) « Mais, dit-il, si lourd que soit le fardeau qui pèse sur nos épaules, — car il nous faut porter la charge de tous ; — plus nous avons conscience de notre infirmité, plus aussi s'affermit notre espérance et plus nous nous sen-

(1) *Théologie dogmatique*, t. II, p. 657.

tons soulagé par la divine économie qui a présidé à l'institution de notre charge dans la personne de Pierre... » C'est Pierre qui tient encore le gouvernail de l'Église; c'est lui qui protége et qui défend, à travers les siècles, tous les héritiers de son pouvoir apostolique. Fort de ce pouvoir, qui n'a point défailli au milieu des adversités de l'Église, le Pape relève une à une toutes les assertions sujettes à censure du synode de Pistoie : il déclare les unes hérétiques, les autres schismatiques et subversives de la sainte hiérarchie, fausses, captieuses, téméraires, injurieuses à l'Église et au Saint-Siége. Le synode de Pistoie avait dit que les simples fiançailles étaient un acte « purement civil, disposant à la célébration du mariage, et entièrement soumis aux prescriptions de la loi civile. » — « Comme si, » reprend la bulle, « un acte qui dispose au sacrement n'était pas, sous ce rapport, soumis au droit ecclésiastique. » Et elle déclare que cette proposition est fausse, qu'elle blesse les droits de l'Église en ce qui concerne les effets attribués par les saints canons aux fiançailles, et qu'elle déroge à la discipline ecclésiastique. Le synode de Pistoie avait dit aussi que le droit d'établir des empêchements dirimants appartenait originairement aux princes séculiers. C'est, comme nous l'avons vu, une opinion professée par Thomas Sanchez. Mais Sanchez ajoutait que les princes avaient perdu ce pouvoir en devenant chrétiens, ou que du moins ils n'en pouvaient user que sous la dépendance et du consentement de l'Église; au contraire, le synode affirmait que l'Église le tenait d'eux et qu'elle

n'en jouissait que grâce à leur consentement présumé et en quelque sorte sous leur bon plaisir. « Comme si, » dit encore la bulle, « l'Église n'avait pas toujours pu et ne pouvait pas encore, par un droit qui lui est propre, établir, même dans les pays infidèles, des empêchements non-seulement prohibitifs, mais encore dirimants, qui obligent tous les chrétiens et dont elle seule peut dispenser. » Cette proposition attaque et renverse les canons 3, 4, 9 et 12 de la vingt-quatrième session du concile de Trente; elle est hérétique.

Certes, ce langage est aussi ferme que possible; et l'on voit que le Pontife, menacé plus que tout autre par le flot révolutionnaire, n'est pas disposé à transiger avec les princes ses voisins et à payer leur appui de quelque faiblesse. En même temps il a l'œil ouvert sur l'Église de France, livrée à tous les dangers du schisme, à toutes les horreurs de la persécution.

Un évêque lui demande ce que doivent faire les fidèles qui, privés de leurs légitimes pasteurs, ne peuvent plus contracter mariage selon les formes prescrites par le concile de Trente, et qui de plus sont obligés de se présenter devant l'officier de l'état civil.

La réponse de Pie VI à l'évêque de Luçon est célèbre; nous en citerons deux paragraphes d'une importance capitale et qui jettent un grand jour sur des points longtemps débattus entre théologiens.

« Les fidèles de l'Église de Luçon ne doivent point se permettre de contracter mariage devant la municipalité, ou devant un officier nommé par elle : officiers municipaux ou délégués de la municipalité, en un mot

tous fonctionnaires publics, pour parler leur langage, ayant dû prêter le serment ordonné par l'Assemblée nationale, doivent être réputés schismatiques, ou tout au moins fauteurs du schisme : conséquemment, les fidèles doivent absolument s'abstenir de contracter mariage devant ces municipalités ou devant l'officier commis par elles, de peur d'être souillés par la contagion du schisme. »

Ce qui suit est encore plus digne d'attention : « Les fidèles contracteront mariage par-devant témoins, qu'ils choisiront, autant que faire se pourra, parmi les catholiques, avant de se présenter à la municipalité pour y faire la déclaration exigée par l'Assemblée nationale; et vu l'impossibilité absolue où ils sont dans plusieurs paroisses d'avoir un curé légitime, ces sortes de mariages ainsi contractés devant témoins, quoique sans la présence du curé, n'en seront pas moins valides et licites, s'il n'y a pas d'autre opposition, comme l'a souvent déclaré la vénérable congrégation du concile de Trente (1). »

Voilà donc des mariages contractés hors de la présence du curé et pourtant réputés valables. On se demanda si, pour plus grande sécurité, ils ne devaient pas être revalidés lorsque les circonstances le permettraient; les parties se seraient présentées devant leur curé, auraient renouvelé leur consentement, et ainsi eussent été remplies toutes les formalités prescrites par

(1) *Epistola ad Episcopum Lucionensem.* La lettre est écrite par le cardinal Zelada, mais au nom de Pie VI. — V. *Recueil des décisions relatives à la Constitution civile du Clergé*, etc. Rome, 1800.

le concile de Trente. « Dans une matière aussi importante que celle-là, » disait-on, « où il s'agit de la substance du sacrement, de l'état des hommes et de la paix des familles, ne faut-il pas prendre le parti le plus sûr? — Sans doute, » répondit le cardinal Antonelli, à qui cette question était adressée, « mais ici le parti le plus sûr est de tenir pour valide le mariage dont la nullité n'est pas notoire. Ce qu'il y a de plus essentiel au mariage, ce qui en est la base, ce qui appartient au droit de la nature, le consentement mutuel des parties se trouve dans les unions dont il s'agit, puisqu'on suppose qu'elles se sont donné le consentement en la présence des témoins au nombre requis, et que leur cohabitation en aura été un renouvellement continuel. Or les formalités prescrites par le concile de Trente n'étant que d'institution positive, et n'étant pas toujours obligatoires, le plus sûr, quand il y a lieu de douter si elles obligeaient ou non dans un cas particulier, le plus sûr est de croire qu'elles n'obligeaient pas, et de ne pas ébranler ce qu'il y a de sûr et d'incontestable, qui est le consentement, par un doute qui ne tombe que sur une forme sujette à exception (1). »

Mais les mariages ainsi contractés avaient-ils tout ce qu'il faut pour constituer un sacrement?

On doit le croire, car sans cela, en refusant de les réhabiliter, on eût privé les époux chrétiens de la grâce si nécessaire du sacrement. Qu'on veuille bien le re-

(1) Entretien de M. l'abbé de Cambis avec Son Ém. le cardinal Antonelli. *Recueil de décisions*, t. III, p. 335.

marquer, si on recommande aux époux chrétiens de contracter en cette forme avant de se présenter devant l'officier civil, réputé schismatique, c'est pour les empêcher de communiquer *in sacris* avec ce schismatique, et parce que leur seul consentement, échangé devant témoins hors de la présence du prêtre, est un véritable sacrement conforme à l'institution divine et propre à conférer la grâce.

Mais que devient alors l'opinion de Melchior Cano, à savoir que le sacrement de mariage consiste non dans le consentement légitime des parties, mais dans la bénédiction qu'elles reçoivent du prêtre ?

Nous ne voyons pas comment elle peut subsister en présence de la décision donnée à l'évêque de Luçon, et de deux choses l'une : ou Melchior Cano se trompe et il faut dire, contrairement à ce qu'il a enseigné, que le prêtre n'est pas le ministre du sacrement de mariage ; — ou il a raison, mais alors c'est le pape lui-même qui est dans l'erreur, c'est la congrégation du concile de Trente, car elle avait été consultée, ce sont les cardinaux chargés de transmettre cette réponse à l'évêque de Luçon. Melchior Cano est un grand théologien, mais il ne balance pas à mes yeux de si graves autorités.

Voyez-vous comme la théologie se développe en ces jours de trouble? A la voix du pontife romain, la lumière se fait sur ces difficiles questions, et peu à peu disparaissent les obscurités qui planaient encore sur certains points de dogme ou de discipline, même après les décrets solennels du concile de Trente. Sanchez et

Melchior Cano sont bien distancés. En même temps nous comprenons mieux la sainteté du mariage chrétien, son indissolubilité radicale, fondée sur sa nature même et sur sa divine constitution. Nous comprenons mieux pourquoi l'Église, notre mère, se réserve avec une sainte jalousie le droit exclusif de prononcer sur la validité de ce lien sacré, et comment elle ne peut abandonner à des mains profanes le pouvoir de le relâcher ou de le rompre.

Admirable conduite de la Providence qui proportionne les secours aux besoins des âmes, qui revêt la vérité d'un nouvel éclat en présence d'une nouvelle erreur et qui fait mûrir en la saison propice, pour remédier aux maux de la pauvre humanité, chacun des fruits de la doctrine catholique !

L'heure était venue où de grandes nations allaient apostasier en masse et abjurer publiquement, dans leurs institutions et dans leurs lois, douze ou quinze siècles de christianisme. Ce n'était pas seulement tel ou tel droit de l'Église qu'on mettait en question, c'était son pouvoir sur la société chrétienne, c'était sa hiérarchie, son indépendance.

Les sophistes de la Révolution allaient même plus loin dans leur délire, puisqu'ils méconnaissaient les droits de Dieu sur sa créature et sapaient par la base les lois primordiales et constitutives de toute société humaine.

Il était donc bien nécessaire que l'Église affirmât toute vérité lorsque toute vérité était niée, qu'elle établît et sanctionnât de nouveau tout droit lorsque tout

droit était proscrit et outragé; et il est consolant pour les catholiques de voir que, ni dans les petites ni dans les grandes choses, elle n'a failli à cette mission qu'elle a reçue de son divin Fondateur.

Jamais les deux cités ne se sont mieux dessinées avec leurs traits et leurs caractères propres, et jamais elles n'ont offert un contraste plus tranché. Sans sortir le moins du monde de notre sujet, en nous bornant à constater ce que la Révolution a fait du mariage, élevé par Jésus-Christ à la dignité de sacrement et devenu le fondement de la société comme de la famille chrétienne, nous allons assister à un spectacle qui justifie amplement, de la part de l'Église, des prétentions que d'honnêtes esprits seraient encore tentés de croire excessives. C'est une grande leçon que celle-là. Puisse notre siècle en profiter, après des expériences qui la rendent encore plus forte et plus pressante!

CHAPITRE XIII.

LE MARIAGE ET LA RÉVOLUTION.

On peut distinguer deux pensées logiquement distinctes, mais presque toujours réunies de fait, dans les inspirations auxquelles obéirent nos législateurs pendant toute la période révolutionnaire.

La première pensée est de *séculariser*, c'est-à-dire de mettre la vie civile en dehors de la vie chrétienne. Quoi de plus raisonnable, de plus légitime en apparence? On ne proscrit pas le christianisme, on lui laisse sa part, la conscience; mais on ne veut pas qu'il ait place dans les lois et dans les institutions nationales, ni surtout qu'il tienne, pour ainsi dire, en main la clef de l'existence du citoyen, tellement qu'on ne puisse sans lui naître, vivre, fonder une famille et laisser en mourant des héritiers légitimes. N'est-ce pas une conséquence nécessaire de la diversité des cultes et de la liberté de conscience?

La nation ainsi organisée sera parfaitement dans l'ordre, pourvu que ses législateurs se conforment aux lumières de la saine philosophie. S'il n'y a pas de contradiction entre la raison et la foi, la conscience du

chrétien, du catholique sera tout à fait à l'aise sous un tel régime, et les droits de l'Église seront saufs, puisqu'il sera loisible à chacun d'observer ses lois.

Ainsi raisonnaient sans doute grand nombre de membres de l'Assemblée constituante; ainsi raisonnent encore de nos jours nombre de chrétiens qui croient à la possibilité, à la parfaite légitimité de cet état de choses.

Dans la pratique, il y a de grandes difficultés, et même plus : il y a un véritable oubli des droits essentiels de l'Église, du rôle qu'elle doit remplir sur la terre.

D'abord, on suppose bien gratuitement que la raison indépendante et la vraie religion seront toujours d'accord, comme par une sorte d'harmonie préétablie. La philosophie n'est pas infaillible, surtout quand elle s'affranchit du joug de la foi; et si elle vient à se tromper lorsqu'elle dispose de l'homme, corps et âme, qu'adviendra-t-il alors du chrétien? Il sera tiraillé en sens contraires; la légalité et la conscience se le disputeront et mettront sa vertu aux plus rudes épreuves. D'ailleurs, le christianisme entre naturellement dans l'économie de la vie sociale, car il saisit l'homme tout entier pour le sanctifier depuis le berceau jusqu'à la tombe, et pour le préparer par une suite d'initiations à une vie toute céleste, à un commerce intime avec Dieu. Il ne modifie pas seulement quelques-unes de ses habitudes, mais il soumet tous ses actes à une loi surnaturelle et devient proprement le maître de sa vie.

La société civile n'est donc pas absolument *sui juris*, en ce sens qu'elle n'ait pas à se préoccuper des lois du

christianisme, comme si elle pouvait n'en tenir nul compte. Si elle les viole, si elle en rend l'observation impossible ou seulement très-difficile, elle se rend coupable de prévarication et de tyrannie; par là elle se blesse elle-même, quelquefois à mort, et tombe, tant la chute est profonde, au-dessous du paganisme.

C'est que Dieu n'a pas tellement disposé les choses que l'humanité régénérée pût se passer, ou n'user qu'à sa convenance, de la lumière surnaturelle qu'il lui a si généreusement départie. Remarquons-le bien, dans la société comme dans l'individu, l'intégrité de la nature ne peut être conservée ou rétablie que par la grâce, et toute raison rebelle à la foi est une raison pervertie et hors de sa voie.

Seul, le christianisme avait fait briller de tout son éclat la loi naturelle; seul, il en avait rendu la connaissance populaire et l'observation facile; en rejetant le joug du christianisme, — ce joug si doux à qui le porte avec amour, — on croit s'affranchir : point du tout, on tombe dans la servitude de l'erreur, on se traîne d'obscurités en obscurités, au gré des passions, au gré des faux systèmes qui usurpent, sous le nom menteur de philosophie, la direction de l'humanité.

Chose remarquable, et qui vient à l'appui de cette vérité, le même jour où l'Assemblée constituante voulut voir dans le mariage autre chose qu'un sacrement; ce jour-là, elle accepta comme vraie cette définition : « Le mariage est un contrat dissoluble par le divorce. » Rien de plus faux en bonne philosophie; demandez plutôt à M. J. Simon, qui a plaidé et plaide

encore avec éloquence, au nom de la seule raison, en faveur de l'indissolubilité du lien conjugal (1). Cependant on peut défier tous les philosophes du monde, y compris M. J. Simon, qui est le premier à confesser cette impuissance, on peut, dis-je, les défier de prouver à une grande assemblée, de persuader à un peuple entier que le mariage est un contrat essentiellement indissoluble. Ils auront beau dire et beau faire, on se rira de leurs thèses.

On ne gouverne pas les hommes avec des arguments, mais avec des dogmes. Une autorité divine n'est pas de trop pour établir certaines vérités, pour obtenir l'observation de certains devoirs. Le christianisme avait fait triompher partout l'indissolubilité; seul il est capable de la maintenir en dépit des passions qui conspirent contre elle; l'histoire en main, nous prouvons qu'il n'est jamais vaincu qu'elle ne succombe avec lui.

Nous avons déjà cité, mais nous citerons encore une fois, afin qu'on s'en souvienne, ces paroles d'un rapporteur à l'Assemblée législative : « Vous avez décrété que le divorce aura lieu en France. La déclaration des droits et l'article de la Constitution qui veut que le mariage soit regardé par la loi comme un contrat civil, vous ont paru avoir consacré le principe, et le décret n'en est que la déclaration.... Le comité a cru devoir accorder ou conserver la plus grande latitude à la

(1) *La Liberté*, seconde partie, ch. I, liberté du foyer, nº 4, du Divorce.

faculté du divorce, à cause de la nature du mariage *qui a pour base principale le consentement des époux*, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention (1). »

Voilà donc où menait la sécularisation : aux mœurs romaines du temps des Césars. Ce fut un débordement épouvantable, comme à la rupture d'une digue longtemps battue par les flots. On dit qu'à Paris seulement, dans les vingt-sept mois qui suivirent la promulgation de cette loi, les tribunaux prononcèrent 5994 divorces ! Jamais peuple chrétien n'était tombé si bas.

Mais avez-vous remarqué l'autre principe, bien autrement radical, qui s'unit à celui de la sécularisation, pour achever de renverser toute morale et de livrer l'homme au seul empire de ses passions, de ses caprices les plus désordonnés? Ce n'est plus seulement la loi chrétienne que l'on rejette, c'est toute loi supérieure à l'homme, même la loi naturelle.

L'homme n'a de frein que dans sa volonté, et la liberté sauvage qu'on lui attribue, il n'y renonce que le moins possible, par nécessité, pour s'associer à ses semblables, gardant toujours le droit et l'espoir de la recouvrer tout entière quand il lui plaira; car cette liberté, qui lui est commune avec les brutes, est inaliénable; il ne s'en dépouille que po[illegible]mps, mais il la regarde comme son bien [illegible]ux; il est

(1) Rapport de Léonard [illegible] ...nce du 7 [illegible] bre 1792. Voir le *Moniteu*[illegible]



son maître toujours, excepté quand il rencontre plus fort que lui.

A ces traits, on reconnaît la sombre et dégradante philosophie de Rousseau, la philosophie du *Contrat social*. Elle inspira plus ou moins nos législateurs, tout le monde en tombe d'accord, de 1789 à 1804; sa trace se retrouve malheureusement et dans notre droit civil et dans notre droit constitutionnel; c'est elle qui légitime encore de nos jours les révolutions comme les coups d'État, et la société ébranlée dans ses fondements ne retrouvera sa base et son assiette que lorsqu'elle aura reconnu un autre droit que celui-là, un droit dont Dieu seul est la source première et qu'il impose à sa créature sous la sanction d'une rémunération éternelle.

Pesez bien ces paroles du rapporteur de 1792 : « Le mariage a pour base principale le consentement des époux.... La liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention. » C'est toute la morale, toute la philosophie politique et sociale des législateurs révolutionnaires.

Jusque-là nos pères avaient cru que le mariage, comme la paternité, était de droit naturel et divin, qu'il avait pour fondement la nature humaine et pour sanction des lois divines et même révélées. Il n'y a plus rien de tel dans la doctrine du *Contrat social;* il n'y a plus que des gens qui s'engagent parce qu'ils le veulent bien et qui n'ont d'autre loi que la nécessité ou l'intérêt.

Écoutez le philosophe de Genève : « La plus an-

cienne de toutes les sociétés, c'est celle de la famille ; encore les enfants ne restent-ils liés au père qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui pour se conserver. Sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. Les enfants, exempts de l'obéissance qu'ils devaient au père ; le père, exempt des soins qu'il devait aux enfants, rentrent également dans l'indépendance. S'ils continuent de rester unis, *ce n'est plus naturellement*, c'est volontairement, et la famille elle-même ne se maintient que par convention (1). »

La belle idée de la famille! Est-ce de la brute ou de l'homme que l'on peut dire : « Sitôt que le besoin cesse, le lien naturel se dissout. » Les anciens philosophes avaient remarqué que les animaux, suivant leur espèce, demeurent en société le temps précisément nécessaire pour assurer l'existence de leurs petits ; mais ils avaient soin d'ajouter que, dans notre espèce, le lien qui unit les parents et les enfants est indissoluble, parce que l'homme a des affections supérieures à ses appétits et des destinées immortelles. Rousseau n'a pas su s'élever à cette hauteur, et nous allons voir les législateurs de son école, après avoir repoussé bien loin d'eux le magnifique idéal de la famille chrétienne, essayer de reconstituer la famille sécularisée d'après les données du *Contrat social*.

Condorcet est un des grands doctrinaires de cette école ; il s'agissait, suivant lui, « de consacrer pour la première fois sur la terre, dans les institutions d'un

(1) *Contrat social*, ch. II.

grand peuple, *toute l'égalité de la nature* (1). » — « Il est nécessaire, » dit-il encore, « de séparer de la morale le principe de toute religion particulière. Il est important de fonder la morale sur les seuls principes de la raison (2). » L'idée de la morale indépendante n'est donc pas si neuve. « De quelque opinion que l'on soit sur l'existence d'une cause première, sur l'influence du sentiment religieux, on ne peut soutenir qu'il soit utile d'enseigner la *mythologie* d'une religion, sans dire qu'il soit utile de tromper les hommes.... Cette proscription doit s'étendre même sur ce qu'on appelle religion naturelle, car les simples théistes ne sont pas plus d'accord que les théologiens sur l'idée de Dieu et sur ses rapports moraux avec les hommes (3). »

Tout principe religieux sera donc banni de la famille, tel que le font les nouveaux législateurs, et tous les membres d'une même famille se trouveront sur le pied de l'égalité la plus absolue. C'est d'après cela que la femme aura les mêmes droits que le mari dans l'administration des biens, qu'on s'efforcera de mettre les bâtards sur la même ligne que les enfants légitimes, et qu'on viendra un jour déclarer à la nation qu'*il n'y a plus de puissance paternelle*. Le mot est textuel!

L'homme qui tenait ce langage n'est pas le premier venu parmi nos législateurs; il est l'auteur de trois projets de Code civil présentés successivement à la

(1) Rapport de Condorcet sur la Constitution.

(2) Rapport sur l'instruction publique.

(3) Voir sur tout ceci, *Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la Révolution*, par M. F. Laferrière. Paris, 1852.

sanction de nos assemblées révolutionnaires ; devenu second consul après le 18 brumaire, il eut aussi une grande part à la rédaction définitive du Code Napoléon. J'ai nommé Cambacérès. Ses trois projets sont célèbres dans notre histoire législative ; ceux qui les ont étudiés ont pu admirer avec quelle souplesse ce jurisconsulte philosophe, disciple d'Épicure bien plus que de Lycurgue, sait se plier aux circonstances, et avec quelle bonne grâce il brûle, quand les temps sont changés, ce qu'il avait adoré. Après avoir préconisé l'égalité de l'homme et de la femme, il trouvera encore d'excellentes raisons pour mettre l'homme à la tête du ménage. « La bâtardise, » dit-il dans son premier projet, « doit son origine aux erreurs religieuses et aux invasions féodales ; il faut donc la bannir d'une législation conforme à la nature » Il était appuyé par Chabot, déclarant qu'il n'y a pas d'enfants légitimes parce qu'il n'y en a pas d'illégitimes. « N'ont-ils pas comme les autres tout ce qui constitue l'homme ? Est-il quelque différence dans la nature ? » En conséquence : « on doit encourager par tous les moyens possibles les unions, fruits d'un sentiment tendre et épuré (1). »

S'agit-il du divorce ? Rien de plus facile que de le justifier, toujours avec la doctrine de Rousseau. « Le pacte matrimonial doit son origine au droit naturel.... la volonté des époux en fait la substance, le changement de cette volonté en opère la dissolution ; de là le principe du divorce, établissement salutaire longtemps

(1) Voir J. Simon, *la Liberté*, t. I, p. 245.

repoussé de nos mœurs par l'effet d'une influence religieuse (1). »

Il ne fait que varier les termes dans son second rapport : « Ce que la volonté a fait, la volonté peut le changer. *La volonté des époux fait la substance du mariage. Le changement de cette volonté en opère la dissolution ; de là le principe du divorce.* » Puis, d'un ton attendri, il ajoute : « Qui pourrait exiger du cœur de l'homme qu'il reste attaché là où il ne se sent pas heureux ?... Exiger du cœur humain ce qui est au-dessus de ses forces, c'est faire des malheureux sur l'autel même de la nature (2). »

Voilà de l'éloquence comme il en sait faire. Dans le même projet il dit, en parlant des enfants : « La nourriture ne se prescrit pas, mais rien n'est indifférent dans l'art de former les hommes. Chiron fut chargé de l'éducation d'Achille ; il le nourrissait de la moelle du lion. » Pauvre nation condamnée à subir la loi des rhéteurs ! Où êtes-vous, Condorcet, qui parliez de proscrire la mythologie ?

« L'indissolubilité, » dit-il dans son troisième projet, « n'est pas une loi de la nature, elle ne saurait être une loi de la société conjugale. » Comprenne qui pourra ! Cet axiome est d'une profondeur où nous ne voyons, pour nous, qu'obscurité.

Sommes-nous bien loin du Code civil ? Hélas ! non. Les mêmes hommes y travaillèrent et ils professaient encore les mêmes maximes. Quel concile que celui au

(1) Premier projet de Cambacérès. Fenet, t. I, p. 4.

(2) Fenet, t. I, p. 105.

sein duquel s'agitent ces graves questions qui touchent par tant d'endroits à la religion et à la morale, et par quel pontife il est présidé! C'est à peine si de loin en loin une voix s'élèvera timidement en faveur des droits imprescriptibles de la conscience; ou elle sera étouffée par une brusque repartie, ou elle expirera dans le silence. Portalis, Maleville essayent de faire accepter de sages conseils; mais le Premier Consul est si persuadé qu'il faut rompre avec le passé et qu'il ne s'agit en tout cela que de politique, il est si convaincu de l'omnipotence du législateur, que la discussion avec ui n'est pas possible. Portalis croit que le mariage tient aux conditions essentielles de la nature humaine et que par conséquent il ne peut être régi par des lois arbitraires; c'est ce qu'il affirme en termes un peu vagues, il est vrai, et encore empreints de l'esprit philosophique du XVIIIe siècle : « L'homme est le ministre de la nature : la société vient s'enter sur elle. On lit dans les livres le *pacte social* (sans doute le *Contrat social* de Rousseau), je n'entends pas cela : l'homme est sociable, et le mariage est dans la nature. — Je nie cela, » réplique à l'instant le Premier Consul. « Le mariage ne dérive point de la nature, mais de la société et des mœurs. La famille orientale est entièrement différente de la famille occidentale. La première est composée de plusieurs épouses et de concubines ; cela paraît immoral, mais cela marche ; les lois y ont pourvu (1). »

(1) Thibaudeau, *le Consulat et l'Empire*, t. III, p. 203.

En général, le Premier Consul ne se pique pas de délicatesse en ces matières; il est trop soldat et trop païen, et il évoque plus d'une fois, fort mal à propos, ses souvenirs classiques au mépris de toutes les convenances. On discute pour savoir après combien de temps pourra se remarier la femme dégagée des liens d'un premier mariage, et Tronchet dit que le délai doit être assez long pour obvier à ce que les légistes ont nommé *confusion de part* (confusio partus). Le Premier Consul n'est pas satisfait de cette raison. L'inconvénient de la confusion de part, répond-il, ne faisait nulle impression sur les anciens, et il allègue l'exemple d'Auguste pour prouver que les Romains ne craignaient pas d'épouser des femmes enceintes (1).

Au reste, Portalis lui-même n'est pas plus heureux lorsqu'il rappelle, dans la même séance, que le divorce a été admis en France « sous les rois de la première race. » On voulait nous ramener à Chilpéric!

Si on en croit Locré, secrétaire général du Conseil d'État, le divorce et l'adoption intéressaient la politique du Premier Consul, qui cependant se gardait de laisser entrevoir ses projets.

Il songeait dès lors à s'assurer une postérité; ne pouvant pas espérer d'enfants de Mme Bonaparte, il n'avait à choisir qu'entre deux partis, celui de divorcer pour contracter un nouveau mariage, ou celui de se donner des enfants adoptifs. Suivant le même écrivain, le Premier Consul haïssait le divorce, et il répu-

(1) Voir Locré, séance du 14 vendémiaire an X.

gnait encore plus à rompre son mariage. Sa bonté naturelle avait le dessus toutes les fois que la politique le laissait à lui-même. Mme Bonaparte, alarmée, ne cachait pas ses inquiétudes; chaque soir elle s'informait avec anxiété de ce qui s'était fait au Conseil d'État, si l'on avait admis le divorce, de quelles conditions il dépendrait. Selon toute apparence, il y eut alors entre elle et le Premier Consul des explications et des pourparlers. Bonaparte voulut se ménager dans la loi commune un moyen de contracter une alliance nouvelle, si un jour l'intérêt de sa politique l'exigeait. Par cette raison, il ne combattit point l'institution du divorce, « quoiqu'il la détestât. » Elle fut adoptée *sans discussion*. Mais il soutint vivement la nécessité d'admettre des causes indéterminées qui permissent aux époux de se séparer sans déshonneur. C'était pour se ménager le moyen d'user du divorce avec bienséance, s'il venait lui-même à y recourir.

Le conseiller d'État Thibaudeau, qui rapporte ce sentiment de Locré, ne le partage pas entièrement. D'après lui, sans doute il était impossible que la discussion sur cette matière ne réveillât pas dans la pensée du Premier Consul l'intérêt personnel qu'il pouvait y avoir. « Mais que ce fût dans la vue de cet intérêt et malgré sa haine pour le divorce qu'il adopta l'institution et qu'il proposa le mode d'en user, c'est ce que les procès-verbaux mêmes (rédigés par Locré) ne nous permettent pas d'admettre. On voit au contraire dans ses discours qu'il était convaincu de l'indispensable nécessité du divorce en général, et particulièrement

dans un pays où la liberté des cultes était constitutionnellement établie; *qu'il niait le dogme de l'indissolubilité du mariage; qu'il préférait le divorce à la séparation de corps; qu'il professait, en un mot, les principes des législateurs philosophes sur cette matière.* Si plus tard, — ajoute Thibaudeau, — Napoléon interdit le divorce aux membres de la famille impériale, c'est qu'en cela, comme sur beaucoup d'autres points, l'Empereur avait abjuré les opinions du Premier Consul (1). »

Cela nous paraît trop certain, le Premier Consul niait l'indissolubilité du mariage, et aucun scrupule religieux ne mettait obstacle à sa politique.

Peut-être cependant un reste d'instinct catholique survivait-il encore dans son âme et suffisait-il pour lui faire comprendre qu'il y a plus de grandeur dans le mariage chrétien, tel qu'il a été institué par Jésus-Christ, et voilà pourquoi, tout en usant lui-même du divorce, par raison d'État, il ne le souffrait pas dans la famille impériale.

Quoi qu'il en soit, il n'hésitait pas à mettre le mariage au rang des choses profanes et il persistait dans la pensée de *séculariser* entièrement la vie du citoyen, de la soustraire légalement à toute influence religieuse. « Les trois grands sacrements de la vie étaient, » disait-il, « la naissance, le mariage et le décès. » Sacrements purement civils et dont des fonctionnaires laïques devaient être les seuls ministres. Un homme en habit noir ceint d'une écharpe fut chargé d'apprendre aux époux,

(1) Thibaudeau, *le Consulat et l'Empire*, t. III, p. 205 et suiv.

au nom de la loi, qu'ils se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance; que le mari doit protection à la femme, la femme obéissance à son mari; que la femme est obligée d'habiter avec le mari, le mari obligé de la recevoir et de lui fournir ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie (*Code Napoléon*, art. 212-214). Ainsi le prescrivait le nouveau rituel à l'usage des maires et des adjoints. N'aurait-on pu dispenser les catholiques de ces formalités, qui n'ont à leurs yeux aucune signification sérieuse, aucune dignité? Le prêtre ne suffisait-il pas pour enseigner aux nouveaux époux leurs obligations réciproques et pour attirer sur leurs têtes les bénédictions des patriarches? Mais c'eût été porter atteinte à l'omnipotence de l'État, et il n'eût pas été bon qu'on semblât tenir de Dieu seul, et non de la loi civile, le droit de fonder une famille et de mettre au monde des enfants légitimes.

Veut-on voir jusqu'où va sur ce chapitre l'infatuation du nouveau législateur, comment la loi est devenue pour lui aussi sacrée que la nature, comment il aspire à lui conférer une sorte de vertu créatrice? Il faut qu'une religion en remplace une autre, et si l'État se substitue à l'Église, c'est pour faire ce que l'Église faisait avant lui et pour initier les citoyens à la vie sociale par de véritables sacrements.

Il y eut un moment où le Premier Consul, à défaut de postérité directe, songea à prendre pour héritier un de ses neveux et à fonder sa dynastie par l'adoption, à l'exemple de Jules César. Dès lors l'adoption devint tout pour lui; il fallut la revêtir de solennités extraor-

dinaires, propres à frapper l'imagination. Portalis, qui était peut-être dans sa confidence, ou qui du moins le pénétrait, ouvrit l'avis que l'adoption fût prononcée par les grandes autorités nationales; Tronchet opina dans le même sens. Mais le ministre de la justice, Rœderer, Thibaudeau, Berlier, Regnault de Saint-Jean-d'Angély, pensaient que c'était tout simplement aux tribunaux à statuer sur cette matière. Le Premier Consul fut de l'avis de Portalis et de Tronchet, qui avaient rappelé qu'à Rome l'adoption se faisait devant les comices. Pourquoi donc l'adoption ne se ferait-elle pas en France devant le Corps législatif? On penser peut-être que la Constitution s'y oppose? Mais non, tout ce qu'elle ne défend pas est permis.

L'adoption, en soi, n'est de la compétence ni du Corps législatif, ni des tribunaux : ce n'est ni un contrat civil, ni un acte judiciaire. « Qu'est-ce donc? — poursuit le Premier Consul. — Une imitation par laquelle la société veut singer la nature; c'est *une espèce de nouveau sacrement;* car je ne peux pas trouver dans la langue de mot qui en donne une juste définition. » Et s'animant peu à peu, il entame un de ces curieux et brillants monologues, où il s'enivrait de sa parole, et tenait sous le charme ses auditeurs subjugués par la supériorité et la profondeur de ses vues. Grand politique vraiment, mais politique à la manière de Jules César, ne voulant pas s'apercevoir que, depuis César, Jésus-Christ a renouvelé la face de la terre et que les princes, aussi bien que les peuples, ont à compter avec une divine autorité qui s'appelle l'Église. Écoutez

ce discours plein de soudaines et impétueuses saillies, où il lance, comme autant d'éclairs, d'étincelants paradoxes :

« Le fils des os et du sang passe, *par la volonté de* « *la société*, dans les os et le sang d'un autre. C'est le « plus grand acte qu'on puisse imaginer. Il donne des « sentiments de fils à celui qui ne les avait pas, et ré- « ciproquement ceux de père. D'où doit donc partir « cet acte? D'en haut, comme la foudre. Tu n'es pas « le fils d'un tel, dit le Corps législatif, cependant tu « en auras les sentiments. On craint que ce mode ne « restreigne trop l'adoption, il l'ennoblit, il l'honore...

« Le législateur, *comme un pontife*, n'interviendra « que pour donner le caractère sacré. Si l'enfant de la « nature vient dire à l'adopté : Tu n'es pas mon frère, « il répondra : Comme toi et plus directement que toi; « je tiens de la loi ma qualité. » Rœderer objectant qu'un mode d'adoption si solennel ne serait pas accessible à toutes les classes de citoyens, le Premier Consul reprend avec feu : « Il faut frapper fortement l'imagi- « nation. S'il y a des discussions entre le père naturel « et le père adoptif; si, montés sur le même bateau, « ils sont menacés de périr, le fils doit se déclarer « pour le père adoptif: *Il n'y a que la volonté du souve-* « *rain qui puisse imprimer ce sentiment*. Le Corps lé- « gislatif ne prononcera pas dans ce cas comme il le « fait en matière de propriété, de contributions, mais « *comme pontife de morale et d'une institution sacrée*. « Le vice de nos législations modernes est de n'avoir « rien qui parle à l'imagination. On ne peut gouverner

« l'homme que par elle : sans l'imagination, c'est une « brute. Si les prêtres établissaient l'adoption, ils en « feraient une cérémonie. C'est une erreur de gouver- « ner les hommes comme des choses. » Et encore, au ministre de la justice qui avait parlé de contrat : « Un « contrat ne contient que des obligations géométriques, « il ne contient pas des sentiments. Mettez *héritier* dans « votre loi, et laissez-nous tranquilles. Héritier ne « porte avec soi que des idées géométriques ; l'adop- « tion au contraire des idées d'institution, de morale « et de sentiment : l'analyse conduit aux résultats les « plus vicieux. Ce n'est pas pour cinq sous par jour, « pour une chétive distinction qu'on se fait tuer; c'est « en parlant à l'âme qu'on électrise l'homme. Ce n'est « pas le notaire qui produira cet effet pour douze francs « qu'on lui payera. On ne traite pas la question, on « fait de la géométrie; on l'envisage en faiseurs de lois « et non en hommes d'État (1). »

Il y a donc encore de la théocratie dans son système de gouvernement, seulement elle a changé de place; le sacerdoce n'est plus dans l'Église, mais dans l'État; le législateur est souverain pontife, les fonctionnaires civils sont autant de prêtres. Voilà toute la pensée du nouveau César.

Et ce système, il l'organise de toutes pièces, comme si l'Église ne devait pas faire concurrence à l'État, comme si elle avait définitivement abdiqué ses droits et son autorité sur les âmes.

(1) Thibaudeau, *le Consulat et l'Empire*, t. III, p. 205 et suiv.

A-t-on jamais réfléchi à la singularité que présente, au sein d'une société chrétienne dont le sacerdoce remonte à Jésus-Christ, l'article 164 du Code Napoléon? Il a trait aux *dispenses* qui rendront le mariage possible entre personnes du même sang, entre parents à un degré prohibé.

Il fallait bien empêcher de pareilles unions; la morale y répugne et la nature elle-même semble s'y refuser ou ne s'y prêter qu'à regret. Mais dans quelle mesure les prohiber? La question est infiniment délicate pour un législateur rationaliste et elle n'a jamais été résolue d'une manière uniforme et satisfaisante, en dehors du christianisme. Il est vrai que les législateurs de 1803 avaient sous les yeux les prescriptions du droit canonique, auquel ils recoururent beaucoup plus qu'ils ne voulaient en convenir et qu'ils ne se l'avouaient à eux-mêmes. Ils interdirent le mariage non-seulement entre les ascendants et les descendants à tous les degrés, ce qui ne pouvait être mis en discussion, mais encore, en ligne collatérale, entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré, enfin entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. On s'en tint là, comme s'il était avéré que l'intérêt des bonnes mœurs ne réclame rien de plus, comme s'il n'y avait pas entre cousins et cousines quelque chose de ce qui élève une barrière, infranchissable à la pudeur, entre le frère et la sœur. Lisez, dans les procès-verbaux du Conseil d'État, la séance du 26 fructidor; vous verrez qu'on eut bien du mal à s'entendre faute de principes arrêtés sur ces matières,

et aussi parce que les membres de cette assemblée sentaient plus ou moins leur incompétence à trancher de pareilles questions réservées jusque-là au pouvoir spirituel. Tel conseiller pensait qu'il n'y avait aucune raison pour défendre aux beaux-frères et belles-sœurs de s'épouser, et il ajoutait que de pareilles unions pouvaient être réclamées par l'intérêt des enfants, trop heureux de retrouver l'affection de leurs parents dans le frère ou la sœur de leur père ou de leur mère. Tel autre approuvait le mariage entre l'oncle et la nièce, mais non entre la tante et le neveu. Un troisième ne voulait le proscrire en ce dernier cas que si la tante était plus âgée. Accorderait-on des dispenses? Nouvel embarras. Portalis avait eu grand soin d'affirmer, conformément aux idées d'une certaine école, que les dispenses aussi bien que les empêchements étaient du ressort du pouvoir civil, et cependant il y eut parmi ses collègues une hésitation bien naturelle. Dans quel cas, pour quels motifs accorder des dispenses? Comment les accorder à certaines personnes et les refuser à d'autres?

« Les dispenses, » disait le conseiller Cretet, « ne seront qu'une vaine formalité si la loi ne détermine les cas où elles pourront être obtenues : au lieu d'être des exceptions, elles deviendront bientôt la règle. » Et il ajoutait : « La loi doit défendre absolument ce qui est nuisible, et abandonner l'usage de ce qui ne l'est pas à la discrétion des particuliers. » Belle maxime! Mais la question est précisément de savoir ce qui est nuisible, et, de plus, si ce qui est nuisible en général ne

doit être permis pour aucun motif et dans aucun cas. Ah! je comprends la difficulté pour le pouvoir laïque de déterminer ces cas, et la difficulté plus grande encore d'appliquer sa règle en toute raison et en toute convenance, de manière que la conscience soit vraiment satisfaite. Quoi! voilà deux personnes qui veulent contracter entre elles une de ces unions qui sont jusqu'à un certain point contre le vœu de la nature et généralement préjudiciables aux bonnes mœurs; et parce qu'un fonctionnaire civil leur aura délivré un morceau de papier timbré revêtu du sceau de l'État et de sa propre signature, ces personnes pourront vivre ensemble en toute sûreté de conscience et Dieu bénira leur union! Qui oserait penser pareille chose? Dans l'Église, cela se comprend, parce qu'il y a dans l'Église des brebis et des pasteurs, et que ceux-ci ont reçu de Dieu même le pouvoir de lier et de délier. *Tout ce que vous aurez lié sur la terre sera lié dans le ciel, et tout ce que vous aurez délié sur la terre sera délié dans le ciel*, a dit Jésus-Christ à ses apôtres; il leur a laissé, en les confiant spécialement à Pierre, les clefs de son royaume, c'est-à-dire la pleine autorité sur les âmes avec la charge de les conduire dans les voies du salut, et il a promis son assistance, jusqu'à la fin des temps, à ceux qui rempliraient cette mission. Mais il n'a pas fait les mêmes promesses aux princes de la terre, il ne les avait pas faites aux législateurs de 1803, et voilà sans doute pourquoi ceux-ci hésitèrent beaucoup et s'y reprirent à plusieurs fois avant d'adopter l'article 164 qui porte dans sa rédaction actuelle :

« Néanmoins, il est loisible à l'Empereur (au Roi) de lever pour des causes graves les prohibitions portées au précédent article. » C'était donner au chef de l'État charge d'âmes.

On aura beau dire et beau faire, ce n'est pas par de tels moyens que les mœurs se maintiendront pures et que le foyer domestique deviendra l'asile de toutes les vertus. Pour intervenir d'une manière utile en matière si délicate, et pour rappeler avec autorité à ceux qui les oublient les saintes lois du mariage, il faut être plus qu'un homme, il faut tenir la place de Dieu.

C'est ce que l'Évangile nous montre admirablement dans la personne de saint Jean-Baptiste, le premier martyr d'une cause pour laquelle tant de héros chrétiens, tant d'apôtres ont versé leur sang, et pour laquelle encore n'ont cessé de lutter, depuis les premiers jours du christianisme, les généreux pontifes qui sont venus s'asseoir tour à tour sur la chaire de saint Pierre.

Il y eut un homme envoyé de Dieu, qui s'appelait Jean. Jeune, il avait vécu au désert, aux bords du Jourdain, où plus tard il baptisait ceux dont sa parole avait touché le cœur et leur prêchait la pénitence. Le beau témoignage que lui rend Celui dont il est le précurseur! Qu'avez-vous été voir au désert? dit Jésus à la foule qui avait contemplé avec étonnement cet homme extraordinaire. Est-ce un roseau agité par le vent? Est-ce un homme vêtu mollement, comme ceux qui habitent les palais des rois?

Ni cette souplesse, ni ce faste; Jean n'avait rien du

courtisan ; il le fit bien voir au voluptueux Hérode, auquel il disait qu'il ne lui était pas permis de vivre dans un commerce incestueux avec celle qui avait été la femme de son frère : *Non licet tibi habere uxorem fratris tui.* (Marc. VI, 18.)

Combien les choses sont changées ! Aujourd'hui ce n'est plus le prophète, c'est le monarque, — quelquefois un autre Hérode, — qui, de son autorité tout humaine, prononcera sur telles et telles unions ce redoutable *Non licet.* Et ce sera lui aussi qui donnera mainlevée pour contracter ces mêmes unions, comme s'il était l'interprète infaillible et l'incorruptible dispensateur de la loi divine.

En bonne foi, quelle dérision ! La même couronne ne tombe-t-elle pas tour à tour sur la tête d'un saint Louis et sur celle d'un Philippe le Bel, et n'arrive-t-il pas un jour où un saint Édouard le Confesseur a pour successeur un Henri VIII? Faites donc les rois gardiens des saintes lois du mariage chrétien et seuls vengeurs de la morale publique et privée !

Je voudrais savoir sur quels motifs on se base, à la chancellerie, pour délivrer des dispenses de mariage. Dans l'Église catholique, c'est affaire de conscience le plus souvent, et du for intérieur. L'honneur d'une femme à sauver, des enfants à légitimer, ce sont des secrets qu'on ne livre pas volontiers au premier venu et avec lesquels la bureaucratie laïque n'a rien à voir. Qu'on en réfère à la pénitencerie romaine par l'intermédiaire d'un confesseur tenu au plus rigoureux silence, de telle manière que rien ne transpire au dehors

et que l'*incognito* soit garanti au pénitent, cela se conçoit à merveille. Ce qui ne se conçoit pas, c'est qu'un chef de bureau ait à connaître de pareilles choses, ou bien que, chargé de donner des dispenses, il les donne indistinctement et les yeux fermés. Non, cela n'est pas sérieux. On ne sauve pas les bonnes mœurs par ces ridicules expédients, et le pouvoir a plus à perdre qu'à gagner dans cette usurpation sacrilége des attributions essentielles et inaliénables du sacerdoce chrétien. Certes, Napoléon voyait juste lorsque, voulant faire de l'adoption une grande chose, il disait : « Ce n'est pas le notaire qui produira cet effet pour douze francs qu'on lui payera. » Mais comment a-t-il remplacé le notaire qui, du temps de nos aïeux, ne faisait de mariages que sur la scène et dans les pièces de Molière? Il l'a remplacé par un fonctionnaire en habit bourgeois; nous voilà bien avancés! Napoléon parlait de frapper l'imagination. Cela ne suffit pas. Il faut que derrière les pompes du culte il y ait quelque grande chose comme le Calvaire, comme le tabernacle du Dieu vivant. Autrement vous traitez les hommes en enfants, le prestige s'évanouira vite. Mais vous n'arrivez pas même à frapper l'imagination, et l'absence de toute poésie dans la cérémonie du mariage civil est, entre autres, le sûr témoignage que ce n'est pas là l'union chaste et sainte à laquelle aspirent des êtres sur lesquels rayonne la lumière divine et dont le cœur est fait pour des amours éternels.

CHAPITRE XIV.

LA SAINTETÉ DU MARIAGE DÉFENDUE PAR PIE VII, PIE VIII, GRÉGOIRE XVI ET PIE IX.

Laissez donc faire l'Église et respectez son indépendance. Elle est là sur son domaine, qu'elle ne vous abandonnera pas. Elle a combattu pendant des siècles pour établir dans le monde moderne la sainteté et l'inviolabilité du mariage chrétien; elle combattra encore, sans découragement et sans faiblesse, contre ceux qui voudraient émanciper la société chrétienne des saintes lois qui l'ont faite ce qu'elle est et qui sont encore aujourd'hui sa force et sa grandeur.

Aux jurisconsultes de l'ancien régime, gallicans ou jansénistes, ont succédé des législateurs sortis de l'école philosophique du dix-huitième siècle avec l'idée que tout est à refaire et qu'il leur appartient d'asseoir enfin, sur les bases du pur rationalisme et en dehors de toute croyance positive, l'édifice à peine commencé de la civilisation moderne.

A de parailles prétentions l'Église répondra par des actes courageux, par des déclarations solennelles et éclatantes, par des refus péremptoires, au grand scan-

dale des républicains d'hier devenus les courtisans d'un soldat couronné.

Napoléon, peu d'années après la conclusion du Concordat, ayant par conséquent déjà fait l'expérience de l'inépuisable mansuétude d'un pontife animé pour lui de la plus paternelle tendresse, Napoléon, dans l'essor ascendant de sa fortune et de son génie, ira se heurter à cet obstacle que rien ne lui avait révélé jusque-là et où il devait trouver l'écueil de sa grandeur, je veux dire ce qu'on a si justement nommé la force d'un cœur sacerdotal, *sacerdotalis pectoris robur*.

Plus d'une fois, à Sainte-Hélène, on lui entendit répéter : « Pie VII est un agneau. » Oui, mais un agneau qui savait, au besoin, déployer l'indomptable vigueur du lion. Napoléon n'avait pu vaincre aucun des héroïques scrupules de ce doux pontife, et il l'avait pour la première fois trouvé plus fort que lui lorsque, parvenu au faîte de la gloire et de la puissance, voyant tout plier sous sa volonté souveraine, il s'était efforcé d'obtenir de lui l'annulation du mariage, à son gré trop peu princier, contracté à Baltimore par son frère Jérôme.

Ce mariage était valable, il n'y avait pas de doute fondé à cet égard. La multiplicité des raisons alléguées pour le faire casser, — disparité du culte, défaut de consentement des parents, rapt de séduction, clandestinité, — prouvait à elle seule le peu de fonds qu'on faisait sur chacune d'elles. Pie VII, très-particulièrement versé dans ces matières, voulut instruire lui seul, dans le plus grand secret, une affaire si délicate, et

lorsqu'il eut formé devant Dieu sa conviction, de sa propre main il écrivit à l'empereur : « Nous avons voulu réserver exclusivement à nous-même l'examen de la question que vous avez soumise à notre jugement touchant le mariage en question. Au milieu du nombre infini des affaires qui nous accablent, nous avons pris tous les soins, nous nous sommes donné toutes les peines, nous avons fait nous-même toutes les recherches nécessaires afin de reconnaître si notre autorité apostolique pouvait nous fournir quelque moyen de satisfaire aux désirs de Votre Majesté, et rien ne nous eût été plus agréable que d'entrer dans ses vues ; mais quelle qu'ait été à cet égard notre application, et de quelque manière que nous ayons essayé de considérer la question, il nous a été impossible, parmi les motifs qui nous ont été proposés ou ceux que nous avons pu imaginer nous-même, d'en découvrir un seul qui nous permît, ainsi que Votre Majesté le souhaiterait, de déclarer la nullité dudit mariage. » Après quoi, le pape expliquait à l'empereur l'invariable discipline de l'Église et ses maximes traditionnelles en matière de nullité. Un instant il avait cru le mariage nul pour cause de clandestinité ; mais cet empêchement, établi par le concile de Trente, ne peut être invoqué que dans les pays où le décret dudit concile (Sess. XXIV, cap. I, *de Reformatione matrimonii*) a été publié et à l'égard des personnes pour lesquelles il a été publié. Or il s'était convaincu, par les plus minutieuses recherches, que jamais le décret en question n'avait été publié à Baltimore. Là-dessus il concluait en ces termes : « Il est

donc hors de notre pouvoir, dans l'état actuel des choses, de prononcer le jugement de nullité;... si nous usurpions une autorité que nous n'avons pas, nous nous rendrions coupable d'un abus abominable devant le tribunal de Dieu, et Votre Majesté elle-même, dans sa justice, nous blâmerait de prononcer une sentence contraire au témoignage de notre conscience et aux principes invariables de l'Église. C'est pourquoi nous espérons vivement, » disait le Saint-Père en terminant, « que Votre Majesté sera bien persuadée que le désir dont nous sommes toujours animé de seconder autant qu'il dépend de nous ses desseins, particulièrement dans une affaire qui touche de si près à son auguste personne, n'a été cette fois rendu inefficace que par l'absence absolue de pouvoir, et nous la supplions de vouloir bien accepter cette sincère déclaration comme un témoignage de notre affection véritablement paternelle (1). »

Nous avons fait connaître précédemment quelle avait été la conduite du pape Urbain VIII sous le règne de Louis XIII, lorsque ce prince, par des raisons politiques ou personnelles, voulait à tout prix faire casser le mariage contracté par son frère Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine; le Saint-Père résista à toutes les instances et déclara valable un mariage qui n'était entaché à ses yeux d'aucune nullité. Telle est encore la conduite de son digne successeur un siècle

(1) Lettre de Pie VII à l'empereur Napoléon, juin 1805. Voir *l'Église Romaine et le premier Empire*, par M. le comte d'Haussonville, t. II, p. 36 et suiv.

et demi plus tard ; à des prétentions encore plus hautaines que celles de Louis XIII, à des désirs plus impérieux, il se contente d'opposer ce *Non possumus*, toujours victorieux dans la bouche des humbles. En vain tout est changé dans le monde; une révolution sans exemple s'est accomplie en France; ce n'est plus un parlement qui favorise les vœux du souverain, c'est toute une nation où abondent les esprits forts et à laquelle ne pèse guère, dans tous les cas, le joug de l'autorité spirituelle. Pie VII sait tout cela, et il résiste. Il sait aussi qu'on peut briser son trône comme on brise un roseau, lui même le condamner aux angoisses de la captivité et de l'exil, le traiter, en un mot, comme on a traité Pie VI. N'importe. Ce qu'on lui demande n'est pas en son pouvoir; la ligne de son devoir est nettement tracée. « Dieu aidant, il n'y faillira point. »

On me permettra de citer ici l'historien auquel je viens d'emprunter la lettre de Pie VII et d'appuyer sur une réflexion qu'il mêle à son récit. « Dans cette première contestation avec le Saint-Siége comme dans celles qui suivirent, » dit M. d'Haussonville, « le malheur de Napoléon fut de ne pas se rendre à l'avance un compte suffisant de la nature des obstacles contre lesquels, de gaieté de cœur, il allait ensuite violemment se heurter, ou plutôt, car rien n'échappait à la sagacité de ce prodigieux esprit, son mépris des hommes était devenu si général et si absolu, sa confiance croissante dans ses moyens d'action personnelle avait pris de telles proportions qu'il n'y avait plus un genre quelconque d'opposition dont à la longue, — par habileté

ou par force, — il ne se tînt pour assuré d'avoir raison. »

Mais cette fois, nous l'avons dit, il avait trouvé plus fort que lui. Jésus-Christ a envoyé ses apôtres parmi les hommes comme des brebis au milieu des loups, et ce sont les brebis qui ont vaincu. On a même vu, suivant la réflexion de saint Jean Chrysostome, les loups se changer en agneaux. Si Pie VII n'eut pas la joie d'accomplir une si admirable métamorphose, du moins il demeura jusqu'à la fin fidèle au devoir de sa charge et transmit intact à ses successeurs le dépôt sacré de la discipline de l'Église.

Pie VIII et Grégoire XVI surent maintenir aussi dans toute sa pureté la sainte institution du mariage chrétien, et plus d'une fois ils rappelèrent au monde entier des maximes que les lois modernes tendaient à effacer de plus en plus de la mémoire des peuples.

Il existe du premier une encyclique (*Traditi humilitati*, 24 mai 1829), où il recommande à tous les patriarches, primats, archevêques et évêques soumis à l'autorité du Saint-Siége, d'instruire les fidèles à cet égard; de leur apprendre que l'union conjugale a reçu sous la loi de grâce une dignité toute nouvelle; qu'elle a pour but moins de multiplier notre race, que d'élever des enfants pour Dieu et pour le ciel; que c'est Dieu lui-même qui en est l'auteur; qu'elle doit être la fidèle image de l'union inaltérable que Jésus-Christ a contractée avec l'Église, le signe de l'amour immortel qu'il a voué à son épouse.

Grégoire XVI renouvelle les mêmes enseignements,

d'une manière encore plus pressante, dans la célèbre encyclique *Mirari vos* (du 15 août 1832). Saint Paul, dit-il à ses frères dans l'épiscopat, nous ayant appris que le mariage est grand en Jésus-Christ et en son Église, tous nos soins doivent tendre à empêcher qu'on n'entreprenne rien de contraire à la sainteté, à l'indissolubilité du lien conjugal. Les recommandations si instantes de notre prédécesseur Pie VIII n'ont pas arrêté les abus toujours croissants. Qu'on instruise donc les fidèles avec la plus grande sollicitude ; qu'ils sachent que le lien conjugal, une fois formé, ne peut plus être dissous que par la mort ; que le mariage est une de ces choses sacrées qui sont soumises à l'autorité de l'Église, à ses lois, hors desquelles il n'y a pas de lien légitime ; et qu'une fin malheureuse est réservée aux personnes qui voudraient contracter ensemble au mépris de ces saintes lois, sans avoir mis Dieu dans leurs intérêts, sans tenir le moindre compte de la sainteté du sacrement et des mystères dont il est la figure.

Mais bien plus solennellement encore que pas un de ses glorieux et saints prédécesseurs, dans un langage plus ferme et plus explicite, de manière, par conséquent, à dissiper bien des ombres et à clore sans retour des controverses séculaires dont sont remplis les ouvrages des théologiens et des canonistes, Pie IX a instruit notre siècle de la sainteté du mariage chrétien, et il a proféré quelques-unes de ces paroles qui ne tombent pas en vain, où les peuples trouvent la vie s'ils les accueillent avec respect et soumission, mais qui,

méprisées, se retourneraient contre eux et deviendraient leur suprême condamnation.

Quelle vigueur apostolique dans ces allocutions, dans ces encycliques, monuments impérissables de son long et glorieux pontificat !

A vrai dire, il y a là de quoi dérouter singulièrement la politique humaine, de quoi jeter souvent législateurs et légistes dans d'inextricables embarras. Le Pape rêve-t-il ? Se croit-il au moyen âge ? Voilà une pensée qui les assiége et que les plus respectueux d'entre eux ont beaucoup de peine à repousser, tant il leur semble que le pieux pontife s'obstine à rompre en visière avec le siècle et à rendre inévitable le divorce de l'Église avec ce qu'ils appellent la société moderne.

La société moderne, c'est celle qui est issue de la Révolution, et ils croient à sa durée un peu plus qu'à l'immortalité de l'Église.

Ils se désabuseront peut-être un jour, et ces antinomies s'évanouiront devant les leçons que nous réserve l'avenir. En attendant, nous sommes bien persuadé, pour notre compte, que l'Eglise catholique trouvera toujours à s'accorder avec la vraie civilisation, qui lui doit son origine et dont elle sera éternellement la sauvegarde.

Le mariage civil — on a vu pour quelles raisons — est loin d'être à nos yeux un progrès ; tel qu'il existe dans nos codes, il ne respecte ni la liberté, ni la dignité humaine ; si on le suppose valable comme contrat, le lien qui en résulte ne mérite pas le noble nom de mariage.

Et cependant il n'y a pas un peuple, depuis notre grande révolution, qui n'ait cru s'honorer, ou du moins s'émanciper et faire preuve d'indépendance, en adoptant cette institution qui fait tache dans notre Code; tant notre exemple est contagieux malgré nos fautes et les cruelles déceptions dont elles ont été suivies.

La Nouvelle-Grenade — elle l'a payé cher depuis — eut, comme on sait, sa révolution démocratique en 1849, celle qui porta au pouvoir le général Lopez, à la suite d'un vote enlevé par les émeutiers qui avaient envahi le parlement le poignard à la main. Ce fut un 89 au petit pied : destruction des couvents, bannissement des religieux, constitution civile dressée et appliquée en partie sinon aux diocèses, au moins aux paroisses. Le mariage civil était indiqué par le programme; un projet de loi fut rédigé, mais il ne passa point. Pie IX, néanmoins, ne voulut pas perdre cette occasion d'instruire les peuples, petits et grands, et de leur montrer vers quels abîmes on les entraînait sous prétexte de liberté. Son allocution *Acerbissimum*, du 27 septembre 1852, contient ces paroles extrêmement remarquables et dont la portée n'a échappé à aucun théologien digne de ce nom :

« Nous ne disons rien non plus d'un autre décret par lequel, méconnaissant entièrement la dignité, la sainteté et le mystère du sacrement de mariage, en bouleversant avec une extrême ignorance l'institution et la nature, au mépris de la puissance qui appartient à l'Église sur tout sacrement, on proposait, conformément aux opinions des hérétiques déjà condamnés, et

sans tenir compte de la doctrine de l'Église catholique, de ne plus voir dans le mariage qu'un contrat civil, et en divers cas de sanctionner le divorce proprement dit, et enfin de soumettre toutes les causes matrimoniales à la juridiction et au jugement des tribunaux laïques. Parmi les catholiques, quelqu'un peut-il ignorer que le mariage est véritablement et proprement un des sept sacrements de la loi évangélique institués par Notre-Seigneur Jésus-Christ, *de sorte qu'il ne peut y avoir parmi les fidèles de mariage qu'il n'y ait en même temps un sacrement;* qu'entre chrétiens l'union de l'homme et de la femme hors du sacrement, quelles que soient d'ailleurs les formalités civiles et légales, ne peut être autre chose que ce concubinage honteux et funeste tant de fois condamné par l'Église? D'où il suit que le sacrement ne peut se séparer du lien conjugal, et que c'est à la puissance de l'Église qu'il appartient exclusivement de régler les choses qui touchent au mariage en quelque façon que ce soit. »

Là, Pie IX félicitait les habitants de la Nouvelle-Grenade de ce que la majorité avait été assez bien inspirée pour repousser ce projet de loi.

Mais, en attendant, une grande instruction était donnée aux peuples et à ceux qui les dirigent : le mariage entre fidèles est toujours un sacrement; le lien conjugal ne peut, en aucun cas, se séparer du sacrement.

Voilà ce que n'avaient pas compris, ce que niaient formellement tous les légistes. Des théologiens, d'ailleurs parfaitement orthodoxes, voués de cœur et d'es-

prit à la pure doctrine romaine, le niaient aussi, non-seulement en France, mais hors de France; et nous trouvons dans le cours de théologie publié, sur la fin du dernier siècle, par les professeurs de l'université de Wurtzbourg, membres de la Compagnie de Jésus, cette proposition qui ne serait plus désormais admissible : « *Licet Christus contractum matrimonialem elevaverit in sacramentum; potest tamen a fidelibus contrahi matrimonium, quod valeat in ratione contractus, quin simul sit sacramentum* (1). »

Une nouvelle lumière est donc acquise à la théologie du mariage depuis la mémorable allocution de Pie IX, et ce n'est pas la seule, comme on va le voir, dont nous soyons redevables à ce grand et saint pontife.

A la veille des révolutions dont elle a donné le signal, l'Italie aussi, ou plutôt la Sardaigne, puisque tel était alors le nom de cet État si étrangement accru à la suite de ses hontes et de ses défaites, la Sardaigne donc songeait à se doter du mariage civil, et M. le professeur Nuytz — un théologien d'État s'il en fut — enseignait à Turin les étranges propositions qu'on va lire :

« On ne peut démontrer, par aucune raison, que Jésus-Christ a élevé le mariage à la dignité de sacrement.

« Le sacrement de mariage est un pur accessoire du

(1) Les nouveaux éditeurs de la *Theologia Wirceburgensis* (Paris, 1854) ont eu soin de prémunir le lecteur contre cette thèse, et ils ont reproduit en note le passage de l'allocution *Acerbissimum*.

contrat, dont il est conséquemment séparable, et le sacrement lui-même consiste dans la bénédiction nuptiale seulement.

« Le lien matrimonial n'est pas indissoluble de droit naturel.

« L'Église n'a pas le droit d'introduire des empêchements dirimants; mais ce droit appartient à l'État, qui seul peut lever les empêchements existants. »

J'en passe pour abréger, mais cela suffit pour juger de l'ensemble. Ces quatre propositions font assez comprendre ce qu'était l'enseignement du professeur royal de Turin. Le Pape, dans son allocution *Ad apostolicæ* (22 août 1851), déclara les doctrines en question respectivement fausses, téméraires, scandaleuses, erronées, hérétiques même et schismatiques, ne laissant ainsi aucune illusion à ceux qui les avaient prises sous leur patronage. En outre, il conjura le souverain de ne rien changer à une législation qui respectait encore les droits de l'Église. Quand donc le mariage civil fut établi dans le royaume d'Italie, sous une forme, il est vrai, quelque peu mitigée, et avec des facilités pour le mariage religieux que nous n'avons pas en France et que nous serions presque tentés d'envier à ceux qui les possèdent, ce n'était pas un progrès pour cette nation catholique, et ceux qui la gouvernaient savaient très-bien qu'ils transgressaient les avertissements paternels donnés par Pie IX à Victor-Emmanuel : « Que le pouvoir civil dispose des effets civils qui dérivent du mariage, mais qu'il laisse l'Église régler la validité du mariage même entre chrétiens. Que la loi civile prenne

pour point de départ la validité ou l'invalidité du mariage comme l'Église le détermine, et, partant de ce fait, qu'elle ne peut constituer (cela est hors de sa sphère), qu'elle en règle les effets civils (1). »

Pour le coup, j'en ai grand'peur, les prétentions du Saint-Père paraîtront tout à fait exorbitantes, et l'on trouvera que sur cette base toute entente est désormais impossible.

Quoi! c'est l'Église, et l'Église seule, qui fournira à la loi civile son point de départ, et ce point de départ, la loi elle-même est impuissante à le fixer!

L'État n'est donc plus *sui juris?* Une nation chrétienne, à ce compte-là, n'est pas, à proprement parler, une société complète, se gouvernant comme elle l'entend et se suffisant à elle-même? La nation n'existe pas sans la famille dûment organisée, cela est évident; la famille est le premier élément de ce grand corps qui s'appelle une nation et qui ne se compose pas d'individus étrangers les uns aux autres, véritables atomes de l'ordre social. Or, voilà que l'Église se réserve à elle seule le droit de statuer en dernier ressort sur ce qu'il y a de plus fondamental, de plus essentiel dans la constitution de la famille; encore une fois, est-ce que l'État ne peut se passer de l'Église?

Dans une certaine mesure, cela est vrai; je laisse de côté les conséquences plus ou moins rigoureuses qu'on pourrait tirer de ce principe; mais ce que je tiens à constater, en me renfermant dans mon sujet,

(1) Lettre du 19 septembre 1852.

c'est que, d'après la doctrine proclamée par Pie IX dans ces deux circonstances mémorables, et que je retrouve dans le *Syllabus* du 8 décembre 1864, le contrat de mariage, qui est véritablement le premier de tous les liens sociaux, ne peut exister, entre chrétiens, sans le sacrement sur lequel l'Église a pleine et entière juridiction.

Donc, — et ceci est de la plus haute importance, — séculariser le mariage, c'est le détruire.

En d'autres termes, le lien indissoluble et inviolable qui unit l'homme et la femme sous la loi chrétienne, est un lien surnaturel et divin dans son origine; tout autre lien, de quelque sanction qu'il plaise aux pouvoirs humains de le revêtir, n'est pas digne du nom sacré de mariage.

Non, la nature ne suffit plus, sous la loi évangélique, pour joindre ensemble, pour cimenter divinement, à la base de l'édifice, les premiers éléments de l'ordre social. Il y faut quelque chose de plus. L'Église catholique a là dedans son rôle, qui est grand autant que salutaire, et rien ne prouve encore qu'on soit parvenu à se passer d'elle. Comme elle a présidé, dès l'origine, à la première formation de la société chrétienne, qu'elle a tirée du chaos de la barbarie et du paganisme, il lui appartient encore, par un droit qui lui est propre et dont elle ne peut à aucun prix se dessaisir, de veiller au salut et à la bonne harmonie de la cité de Dieu sur la terre.

Au reste, quoi d'étonnant que l'ordre de la nature soit, à certains égards, sous la dépendance d'un ordre

plus élevé et plus parfait, l'ordre de la grâce, dont Jésus-Christ est le divin architecte? Ce n'est pas pour laisser l'humanité dans son abjection et sa déchéance que le Verbe de Dieu s'est fait chair et qu'il est venu habiter parmi nous. Il est le sauveur du monde et son pouvoir ne connaît pas de limites. Est-ce que son Père ne lui a pas dit : « Demande-moi, et je te donnerai les nations en héritage (1). » Elles sont bien à lui, puisqu'il les a achetées de son sang, le sang d'un Dieu! De tous les hommes régénérés dans les eaux du baptême il a fait ses frères d'adoption et les membres de son corps mystique; ce sont en quelque sorte ses os et sa chair; il ne souffrira pas que cette chair soit profanée et tombe en proie aux abominations d'un nouveau paganisme (2). De quel droit la politique humaine lui disputerait-elle ce qu'il réclame à pareil titre?

Il a les paroles de la vie éternelle (3), et il tient en main la clef mystérieuse de David, car il est le vrai roi d'Israël. Il ouvre, et personne ne ferme; il ferme, et personne n'ouvre (4); ce qu'il a lié ou délié sur la terre, par le ministère de ses apôtres, Dieu le tient pour tel dans l'éternité, et ni rois ni peuples n'ont le droit de séparer ce qu'il a uni. Encore une fois, qu'est-ce que

(1) Postula a me, et dabo tibi gentes hæreditatem tuam. *Ps.* II, 8.

(2) Tollens ego membra Christi, faciam membra meretricis. *I Cor.* VI, 5.

(3) Domine, ad quem ibimus? Verba vitæ æternæ habes. Joan., VI, 69.

(4) Qui habet clavem David; qui aperit, et nemo claudit; claudit, et nemo aperit. *Apo.*, III, 7.

la politique humaine peut prétendre à l'encontre de ses volontés souveraines?

Il s'est réservé l'homme comme un domaine à part qu'il défend de tout empiétement avec un soin jaloux; si l'on usurpe ce domaine, c'est notre liberté même, c'est notre dignité qui périt; aussi les peuples ne cessent-ils jamais d'appartenir à Jésus-Christ sans devenir aussitôt les esclaves de César. — César, c'est tout pouvoir humain, peuple ou roi, il n'importe, qui prétend posséder l'homme tout entier et ne veut pas même faire la part de Dieu. Or, l'homme est chose sacrée par sa nature immortelle, et il l'est une fois de plus par la rédemption. Revendiquer tout pouvoir sur l'homme, c'est outrager Dieu dans ce qu'il a de plus cher, le blesser au cœur, si j'ose dire.

Jésus-Christ ne nous a-t-il pas signifié cela dans la réponse qu'il fit aux Pharisiens qui, pour le tenter, pour surprendre sur ses lèvres quelque parole peu mesurée dont ils lui auraient fait un crime, étaient venus lui demander s'il était permis de payer le tribut à César : *Dic ergo nobis quid tibi videtur, licet censum dare Cæsari, an non* (5)*?*

Il y a bien du mystère dans la réponse, dans l'action qui l'accompagne, dans le motif énoncé par le Sauveur, et c'est là, si je ne me trompe, qu'il nous faut chercher la limite des droits de César, c'est-à-dire des pouvoirs humains quels qu'ils soient, le point où ils doivent s'arrêter s'ils ne veulent entreprendre sur les droits de Dieu.

(5) Matth., XXII, 17.

Jésus-Christ se fait montrer la pièce de monnaie avec laquelle on payait le tribut; on lui présente un denier.

Alors il dit : « De qui est cette image et cette inscription ? — De César. — Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu. »

A César, la monnaie marquée au coin de César et portant l'empreinte de ses traits. C'est chose terrestre après tout, voilà sa part et son domaine. — Mais la part de Dieu, où est-elle? — Où est l'image de Dieu? L'Écriture ne nous l'apprend-elle pas en termes fort clairs? L'homme a été fait à l'image de Dieu, à sa ressemblance. Dès lors, plus d'équivoque, nous savons ce qui est dû à chacun des deux pouvoirs.

L'homme lui-même, avec son visage tourné vers le ciel, l'homme avec son âme immortelle capable de connaître et d'aimer un bien infini, voilà la part de Dieu. N'attendez pas que jamais Dieu s'en dessaisisse et l'abandonne à César.

CHAPITRE XV.

NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME PAR LE CONCOURS DES DEUX POUVOIRS.

Il y a quelque audace, nous le savons, à aborder de front une question comme celle-ci, avec la résolution de ne transiger sur rien d'essentiel et de revendiquer pour l'Église tout ce qu'elle déclare lui appartenir, à l'exclusion de l'État, en vertu d'un droit indiscutable et sacré.

C'est, d'abord, s'exposer à passer pour rétrograde, pour ennemi du progrès et des idées modernes, pour partisan attardé d'un ordre de choses impossible, se déclarer en hostilité ouverte avec son pays et avec son temps. Telle sera, j'en suis sûr, l'impression de beaucoup de lecteurs à première vue.

Je les conjure de suspendre leur jugement jusqu'à l'exposé complet de la cause. J'ai conscience d'aimer mon pays et de ne pas désespérer de mon siècle. C'est en avant que je regarde, non en arrière, et volontiers je prendrais pour devise le mot de l'Apôtre : *Quæ quidem retro sunt obliviscens, ad ea vero quæ sunt priora extendens me ipsum*. (Philip., III, 13.)

D'autres me prendront pour un utopiste, et m'accuseront d'avoir soulevé une question peut-être insoluble, mais très-certainement délicate et inopportune au dernier point.

Qu'ils y réfléchissent pourtant. La question se pose d'elle-même, et il n'est pas si facile de l'éviter. N'y pas prendre garde, ce n'est ni la résoudre ni la supprimer. Elle est de celles qui appellent impérieusement une solution et sur lesquelles il y a péril à se mécompter. La société, la famille, reposant l'une et l'autre sur le fondement profond du pacte conjugal, ont un intérêt de premier ordre à ce que ce fondement soit solide et mis une bonne fois à l'abri de l'instabilité peu rassurante dont sont atteintes la plupart de nos institutions civiles et politiques. S'il est un remède à cette instabilité, en ce qui concerne le mariage, on ne saurait mettre trop d'insistance à le faire connaître, si faible que soit l'espoir de le faire accepter.

— Mais la question n'est pas mûre.

— Qui sait ?... Ce ne serait pas la première fois que nous toucherions au but contre toute attente, et le Concile du Vatican est destiné, ce semble, à inaugurer, dans les idées et dans les faits, des changements bien autrement considérables.

Lorsque l'Église catholique, à la face du monde entier, aura de nouveau proclamé les grandes vérités déjà définies par le Concile de Trente; lorsqu'elle aura nommément insisté sur ce point que tout mariage contracté sans son aveu et contre ses règles est nul et de nulle valeur, tellement que le mariage civil n'est

qu'un concubinage déguisé; il sera bien difficile que les hommes de gouvernement, s'ils sont doués de quelque sens politique, ne songent pas à reviser des lois qui mettent parfois les catholiques eux-mêmes dan l'impossibilité, soit de légitimer une union illicite, soit d'en contracter une parfaitement légitime et valable aux yeux de l'Église.

Comment cela s'accomplira-il? Je n'en sais vraiment rien. Des deux pouvoirs qui sont en présence, lequel fera les premières avances, et jusqu'où les concessions iront-elles de part et d'autre? C'est ce que j'ignore également. Ce que je sais, — car cela est nécessaire, — c'est qu'un nouvel accord se fera, ou que du moins on essayera de sortir du *statu quo*.

Ceux qui ne veulent plus de concordats et qui mettent leur idéal dans la séparation absolue de l'Église et de l'État, n'y ont pas songé : cette séparation, qui n'a jamais été complétement réalisée, est un état violent, presque chimérique, par la raison toute simple qu'il y a telles matières mixtes qui relèvent naturellement de deux pouvoirs indépendants et distincts l'un de l'autre, et dont ni l'Église ni l'État ne sauraient aucunement se désintéresser.

Eh! qu'y a-t-il de plus mixte que l'homme lui-même? Corps et âme, tenant de l'ange et de la brute, comme l'animal demandant sa subsistance au monde inférieur, mais aussi, comme une plante céleste qu'il est, selon le beau mot de Platon, plongeant ses racines dans l'infini pour y puiser une plus pure et plus noble vie. Le temps et l'espace ne mesurent pas l'horizon de sa pen-

sée, et la meilleure part de lui-même survit à la ruine de son corps. Est-il donc étonnant que la religion, présidant à ses destinées immortelles, s'empare des circonstances les plus décisives de sa vie et les marque du sceau qui protége les choses saintes? Ainsi a-t-elle fait pour le mariage; nœud sacré, d'où sort, comme une tige nouvelle, la famille humaine; source des générations qui perpétuent notre race à travers le temps et au delà du temps; flambeau où s'allume la première étincelle d'une vie supérieure à celle de tous les autres êtres qui peuplent la terre, d'une vie qui, après une épreuve plus ou moins longue, doit trouver en Dieu sa consommation. L'Église, ou plutôt son divin fondateur, a fait du mariage un sacrement (1). Il en avait bien le droit peut-être. Mais en mettant ce contrat hors de pair et en le tirant de la condition des choses profanes, lui a-t-il enlevé ses propriétés civiles et sociales? — Point du tout; la nature même des choses s'y opposait. La famille légitime, constituée par le mariage chrétien, étant restée, après comme avant la venue de Jésus-Christ, le premier élément et la base essentielle de la société civile, celle-ci n'a point entendu abdiquer sa part d'autorité sur un contrat sans lequel elle ne saurait subsister. Seulement elle a rencontré la limite de son pouvoir non-seulement dans les droits de l'individu, apanage naturel de toute créature humaine, mais encore dans les droits non moins in-

(1) Sur l'indivisibilité du contrat et du sacrement nous nous sommes suffisamment expliqué dans le chapitre précédent.

violables dont l'Église est investie par Jésus-Christ lui-même.

Droit naturel, droit ecclésiastique, droit civil, voilà les trois éléments qui, sans se contrarier ni s'exclure, doivent présider à la formation du mariage et en régler les conditions dans une société chrétienne bien ordonnée.

C'est ce que saint Thomas, avec cette largeur de vue qui lui est propre, a parfaitement compris et nettement exprimé dans ses commentaires sur le Maître des Sentences. « Le mariage, a-t-il dit, en tant qu'il est une fonction de la nature, est régi par la loi naturelle; en tant qu'il est un sacrement, il est régi par le droit divin; en tant qu'il est une fonction sociale (officium communitatis), il est régi par la loi civile. » Et voilà pourquoi, ajoute-t-il aussitôt, du chef de chacune de ces lois une personne peut être rendue inhabile au mariage, *et ideo ex qualibet dictarum legum potest aliqua persona effici ad matrimonium illegitima* (1).

On voit d'ici la possibilité d'un conflit, supposé qu'il n'y ait pas subordination et parfait accord entre ces différentes lois. Point d'opposition, bien entendu, entre la loi naturelle et la loi ecclésiastique, la première ayant l'Église pour interprète infaillible et la seconde émanant directement de son autorité législative. Mais est-il impossible que la loi civile, en réglant les conditions du mariage, se mette en contradiction, soit avec la loi naturelle, soit surtout avec la loi ecclésiastique, et, dans ce dernier cas, qu'arrivera-t-il?

(1) In IV Sent., dist. xxxiv, q. I, art. 1, ad 4um.

Il arrivera ce qui arrive malheureusement trop souvent sous l'empire de notre Code civil français, au mépris de la liberté de conscience et du droit, reconnu à tout citoyen français, de vivre selon les lois de l'Église catholique. Telle personne sera, par la loi civile, déclarée inhabile à contracter mariage dans telles conditions, qui a rigoureusement ce droit, et d'après la loi naturelle et d'après la loi ecclésiastique; tandis que telle autre, toujours aux termes de la loi civile, se trouvera toute sa vie assujettie par un lien nul aux yeux de la conscience et réprouvé par l'Église. Que le cas soit fréquent, qu'il ne puisse être généralement évité par les âmes de bonne volonté, je ne le prétends pas, à Dieu ne plaise. Je n'ai garde d'exagérer à plaisir les imperfections de notre législation actuelle. Mais c'est trop encore que cela soit possible et quelquefois même inévitable. A ce mal il faut chercher un remède; on ne le trouvera bien évidemment que dans la bonne harmonie entre les deux législations ecclésiastique et civile.

L'Église, de son côté, tiendra compte de la législation civile, de l'état des mœurs, des exigences du temps; elle l'a toujours fait. Que l'État reconnaisse, à son tour, les droits de l'Église, ou du moins les droits des citoyens qui, fidèles à leur conscience, veulent observer les lois de l'Église dont ils sont membres. A tous les points de vue, il le doit. Saint Thomas, que nous citions tout à l'heure, nous rappelle fort à propos qu'il y a tel empêchement dirimant, sanctionné par l'Église, qui a son principe dans la loi civile : l'empê-

chement de parenté légale (*cognatio legalis*), qui frappe de nullité le mariage entre le père adoptif et les enfants adoptifs à tous les degrés, et même entre les enfants naturels et les enfants adoptifs du même père, tant que subsiste le lien de la paternité adoptive. L'adoption elle-même est du domaine de la loi civile, et c'est encore la loi civile qui, par des motifs de moralité et de haute convenance faciles à comprendre, a commencé à interdire de pareilles unions. Mais la loi civile n'a pu, — c'est encore saint Thomas qui le remarque, — rendre ces unions illégitimes et nulles de plein droit; elle ne l'a pu de sa propre autorité, et il a fallu la sanction de l'Église pour que la parenté légale devînt un empêchement dirimant (1).

(1) In IV Sent., dist. XLII, q. II, a. 11. « Respondeo dicendum quod lex divina illas personas præcipue a matrimonio exclusit, quas necesse erat cohabitare, ne, ut, Rabbi Moyses dicit, si ad eas liceret carnalis copula, facilis pateret concupiscentiæ locus, ad quam reprimendam matrimonium est ordinatum : et quia filius adoptatus versatur in domo patris adoptantis sicut filius naturalis, ideo *legibus humanis* prohibitum est inter tales matrimonium contrahi ; et *talis prohibitio est per Ecclesiam approbata*, et inde habetur quod legalis cognatio matrimonium impediat.... Ad quartum dicendum, quod *prohibitio legis humanæ non sufficeret ad impedimentum matrimonii, nisi interveniret auctoritas Ecclesiæ, quæ idem etiam interdicit.* »

CHAPITRE XVI.

ABROGATION DE DEUX ARTICLES DU CODE PÉNAL.

Il est donc nécessaire que la loi ecclésiastique et la loi civile aient, pour ainsi dire, l'œil l'une sur l'autre, afin de marcher du même pas et de ne pas mettre les citoyens, qui sont aussi des fidèles, dans la regrettable alternative où ils sont lorsque l'une des deux permet ou enjoint ce que défend l'autre. Il n'est ni bon ni juste qu'ils soient quelquefois forcés, pour régler leur conduite, de choisir entre leur qualité de Français et celle de chrétiens catholiques.

Bien évidemment, cette considération si légitime a exercé peu d'influence sur la rédaction de notre Code civil. Les législateurs de 1803 étaient de deux sortes. Les uns, anciens magistrats, jurisconsultes émérites, envisageaient cette grave et délicate question du mariage à travers tous les préjugés parlementaires dont ils étaient, même les meilleurs d'entre eux, profondément imbus. Leur théologie gallicane les mettait fort fort à l'aise pour composer de toutes pièces un nouveau titre du mariage, sans se mettre en peine du droit

ecclésiastique (1). N'étaient-ils pas persuadés, de même que Pothier et Durand de Maillane, — sans parler des théologiens de la vieille école, — que le contrat de mariage, pouvant se séparer du sacrement, relève essentiellement de l'autorité du prince ou de la nation? D'après cette doctrine, il appartenait à l'État d'établir des empêchements dirimants et de donner des dispenses, dans les limites, bien entendu, du droit naturel qu'il avait charge d'interpréter et de faire passer dans le droit positif. Système insoutenable, nous l'avons vu, mais enfin généralement admis au XVIIIe siècle et favorisé par tous les gouvernements de l'Europe. Les autres rédacteurs du Code civil, le Premier Consul à leur tête, étaient des libres penseurs, disciples de Rousseau et même quelque peu de Voltaire. Il va sans dire que le droit canon les gênait encore moins. Ils se croyaient, comme législateurs, investis de tout pouvoir sur la pauvre humanité, regardaient le mariage comme un simple contrat *civil*, comparable aux contrats de vente

(1) V. *Exposé des motifs du titre V, livre Ier. du Code civil, du mariage*, par le conseiller d'État Portalis. (*Motifs et Discours prononcés lors de la publication du Code civil*, etc., t. I, p. 99. Paris, Didot, 1838.) Portalis néanmoins proclame une grande vérité, mais dont il ne tient pas assez compte : « Ce contrat n'est pas purement civil, *quoiqu'en disent les jurisconsultes*; il a son principe dans la nature, qui a daigné nous associer en ce point au grand ouvrage de la création; il est inspiré et souvent commandé par la nature même. » Plus loin il affirme que l'intervention de la religion dans le mariage est légitime. Parlant des dispenses, aux empêchements fondés sur le droit naturel, il ajoute sans beaucoup de logique : « Nous n'avons donc pas hésité d'attribuer au gouvernement le droit d'accorder ces dispenses, etc. »

ou de louage, résoluble au gré des parties, à moins que le législateur, par sagesse politique, n'eût pris soin de fortifier un lien trop fragile et de fixer par de bonnes lois l'instabilité des époux trop volages.

Peut-être crurent-ils de bonne foi, les uns et les autres, qu'ils étaient véritablement quittes vis-à-vis de l'Église, reconnue par le concordat de 1801, et qu'ils avaient suffisamment respecté la liberté de la conscience catholique. Ils ne touchaient pas au mariage religieux, dont ils semblaient même ignorer l'existence, et s'ils ne lui attribuaient pas les effets civils que lui conférait l'ancien droit, ils laissaient à chacun pleine liberté d'en user ou de s'en abstenir. Que pouvait-on raisonnablement leur demander de plus?

Eh bien! c'est ici précisément que la force des choses vient infliger un flagrant démenti à la théorie qui érige en principe et prend pour base de la législation du mariage la séparation absolue de l'Église et de l'État. Ce qu'il y a de fictif dans cette théorie se trahit dans l'application, et l'on s'aperçoit bientôt que le législateur moderne, si peu gêné qu'il soit par la théologie, est encore loin d'avoir résolu le problème qui s'impose à lui.

Vous ignorez l'existence du mariage religieux, vous ne lui attribuez aucun effet civil, vous le regardez comme chose purement facultative et qui n'intéresse que la conscience, soit; mais alors, prenez-y garde, il faut être conséquent jusqu'au bout. Les personnes qui contracteront un mariage de conscience, devant le prêtre catholique, seront à vos yeux comme si elles

n'étaient pas mariées; ni elles, ni leurs enfants, ne pourront réclamer de la loi civile la protection des droits résultant d'un pareil mariage; voilà ce que demande la logique, mais elle veut aussi qu'on s'en tienne là. Le législateur a-t-il strictement observé cette règle? Point du tout; il y a dérogé de la manière la plus expresse en 1810, lorsqu'il a promulgué les articles 199 et 200 du Code pénal.

Ces deux articles appartiennent au titre Ier du livre III, où il est question « des crimes et délits contre la chose publique, » et le paragraphe lui-même est intitulé; *Des contraventions propres à compromettre l'état des personnes*. Voici la teneur de ces deux articles :

« 199. Tout ministre d'un culte qui procédera aux « cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui « ait été justifié d'un acte de mariage préalablement « reçu par les officiers de l'état civil, sera, pour la « première fois, puni d'une amende de seize francs à « cent francs.

« 200. En cas de nouvelles contraventions de l'es- « pèce exprimée en l'article précédent, le ministre du « culte qui les aura commises sera puni : savoir, pour « la première récidive, d'un emprisonnement de deux « à cinq ans, et pour la seconde, de la détention. »

La loi n'ignore donc pas le mariage religieux autant qu'elle voudrait en avoir l'air, puisque, s'il n'existe pas pour le Code civil, il tient sa place dans le Code pénal. Au fond, cela s'explique, sans se justifier. On a senti que le lien contracté dans le for intérieur et devant le ministre du culte était *quelque chose*,

et que ce quelque chose influait sur l'état des personnes, sur leur liberté, sur la situation réelle de leurs enfants. En dépit des abstractions de la loi, qui voudrait faire deux hommes du citoyen et du chrétien, on est marié ou on ne l'est pas, il n'y a pas de milieu; avec ou sans le concours de l'officier civil, l'engagement pris devant l'Église est sacré, et l'on a beau être philosophe, on ne peut pas faire comme si cet engagement n'existait pas. D'autre part, la loi civile éprouve une extrême répugnance à reconnaître ce qui s'est fait sans elle; elle aurait manqué son but, car le mariage échapperait par là au principe de sécularisation; la religion entrerait par cette porte dans la vie civile. Ne pouvant tout empêcher, la loi se venge par l'amende et l'emprisonnement; elle entrave, autant qu'il est en elle, le ministère du prêtre, sans égard aux circonstances délicates où, la conscience venant à le réclamer, il se trouve que, d'autre part, la célébration préalable du mariage civil est légalement ou moralement impossible. Grave atteinte à la liberté de conscience, à la liberté individuelle! Bizarre anomalie dans une loi qui a la prétention d'être avant tout logique! Qu'elle le soit donc, encore une fois, jusqu'au bout et qu'elle n'attache pas une odieuse pénalité à un acte qui n'existe pas à ses yeux et qu'elle a pris soin de dépouiller de toute valeur. Aussi, nous joignons-nous à M. Batbie pour réclamer l'abrogation des articles 199 et 200 du Code pénal, et avec lui nous posons ce dilemme, qui nous semble irréfutable :

« De deux choses l'une : ou le mariage religieux

n'est rien aux yeux du législateur, et alors pourquoi les articles 199 et 200 du Code pénal, qui érigent en délit un acte de religion ? ou le mariage religieux est un fait important, et alors pourquoi le Code civil n'en tient-il aucun compte ?

« Il faudrait choisir (ajoute M. Batbie) entre ces deux partis. Que le mariage religieux soit non existant pour la loi civile et constitue un fait délictueux pour la loi pénale, c'est une contradiction manifeste (1). »

Ce n'est pas le seul cas où le système de séparation absolue, qui n'est pas l'état normal des sociétés, est réduit à se contredire. Par là il révèle ce qu'il vaut et donne beaucoup à réfléchir aux publicistes qui aiment la logique, sans doute, mais qui ne veulent rien lui sacrifier de ce qui intéresse la dignité du citoyen et les droits de la conscience. Poursuivons.

(1) V. la *Revue critique de législation*, année 1867, t. XXX, p. 214.

CHAPITRE XVII.

RÉVISION DE PLUSIEURS ARTICLES DU CODE CIVIL.

Nous nous piquons beaucoup, en France, de respecter la liberté humaine, en ce qu'elle a d'essentiel et d'inaliénable. L'Église la respecte plus encore, elle ne lui impose que les sacrifices indispensables, et chose étonnante, s'agit-il de la limiter, elle se prend à douter de son propre pouvoir.

Avouons que l'État ne connaît guère ces scrupules. La liberté du mariage, — une liberté humaine s'il en fut, — n'est pas à l'abri de ses entreprises. C'est là une tendance vieille de plusieurs siècles, une tradition que l'ancien régime a léguée à la révolution et que celle-ci a recueillie comme un précieux héritage.

Quelle est la nation qui, au Concile de Trente, a réclamé la première les lois assurément très-sages, très-salutaires, mais enfin restrictives de la liberté du mariage, en vertu desquelles la clandestinité est devenue, ce qu'elle n'était pas dans l'ancien droit, un empêchement dirimant ? On le sait, c'est la nation française, représentée par le cardinal de Lorraine et par les ambassadeurs et théologiens du roi Charles IX.

Très-probablement, sans la France, ce décret n'eût point passé. Elle en sollicitait un autre d'une opportunité plus contestable. Si le Concile eût acquiescé à ses vœux, exprimés par la même voie, il eût également frappé de nullité tout mariage contracté par les *fils et filles de famille* sans le consentement de leurs parents; — sauf à fixer un temps plus ou moins long, au delà duquel, en cas de mauvaise volonté des parents, on aurait pu passer outre à la célébration du mariage (1). Par des motifs que les historiens du Concile ne nous ont pas suffisamment fait connaître, mais qu'on devine en lisant les théologiens, cette proposition fut vivement combattue et finalement rejetée. La liberté du mariage fut donc assurée même aux fils et filles de famille, ou du moins on ne la mit pas sous la dépendance absolue de la volonté quelquefois tyrannique et capricieuse des parents. On parut généralement incliner à croire qu'il s'agissait là d'une liberté inhérente à la nature humaine et, partant, tout à fait inaliénable. Quiconque a le pouvoir de devenir père, pensait-

(1) Cette demande fut présentée au Concile par les ambassadeurs de Charles IX, le 24 juillet 1563. Elle est formulée en ces termes, à la suite de la demande relative aux mariages clandestins : « Filiorum autem et filiarum-familias matrimonia sine parentum consensu nullo modo justa et legitima sint, nisi placeat Sanctissimæ Synodo quorumdam patrum morositati, et nimiæ in collocandis pueris negligentiæ occurrendo, tempus aliquod præscribere, quo tandem transacto, liberum sit filiis et filiabus, sine patris consensu matrimonium contrahere. » (*Cedula exhibita ab Oratoribus Regis Christianissimi lecta in congregatione XXIV Julii MDLXVIIII* (sic). Ap. Raynaldi, ad ann. 1563, p. 429.)

on, a par là même le droit d'être époux légitime; le fils est essentiellement *sui juris* dans cet ordre de choses, et nul, même son père, ne peut enchaîner sa volonté de manière à rendre son consentement inefficace, lorsqu'il lui plaît de contracter mariage. Ainsi raisonnaient les théologiens, et qui oserait prétendre qu'ils raisonnaient mal ? De savoir si l'Église n'aurait pas pu accorder aux parents, par une sorte de délégation, un pouvoir que leur refusait le droit naturel, c'est autre chose, et la question, posée en ces termes, n'a pas été tranchée, que je sache. Mais il a été décidé qu'on s'en tiendrait sur ce point à l'ancien droit, et qu'un nouvel empêchement dirimant, d'une application au moins très-difficile, ne serait pas ajouté à l'empêchement assez onéreux déjà de clandestinité, le seul qui réunit un nombre suffisant de suffrages, après la discussion la plus longue et la plus animée peut-être de toutes celles qui remplirent la dernière période du Concile.

Nous avons dit ailleurs, et il est inutile de le répéter, comment on s'y prit en France pour éluder la décision négative du Concile sur le second chef (1). On imagina le *rapt de séduction*, et désormais il fut admis, dans tous nos parlements, qu'un jeune homme, encore mineur, qui s'était marié sans le consentement de ses parents avait été nécessairement victime d'un *rapt;* empêchement dirimant particulier à la France, et que nos avocats généraux invoquaient sans rire, avec l'é-

(1) Chapitre x.

trange prétention de rester en ce point fidèles à l'esprit comme à la lettre du Concile de Trente. Pour les fils de France, dont les alliances étaient une affaire d'État, la minorité par rapport au mariage n'avait pas de terme : témoin le mariage de Gaston d'Orléans, que Louis XIII voulait faire casser, quoique ce prince, déjà veuf, l'eût contracté à l'âge de 24 à 25 ans. Lorsque Napoléon demanda à Pie VII de déclarer nul le mariage de son frère Jérôme avec miss Paterson, il invoqua aussi le rapt de séduction, on sait avec quel succès.

Le lecteur croit peut-être que je m'égare et que je suis à cent lieues du Code civil. Loin de là, ce qu'on vient de lire peut servir de commentaire aux articles 148, 149 et 150 de ce même Code, articles qui tranchent resolûment la difficulté à laquelle les anciens jurisconsultes n'osaient se heurter et qu'ils avaient trouvé le moyen de tourner. Dans la loi moderne, le défaut de consentement des parents est définitivement érigé en nullité et suffit pour faire casser le mariage des fils et filles de famille mineurs, sans qu'il soit besoin d'avoir recours au rapt de séduction (1). C'est un progrès.

(1) Ci-dessous le texte des trois articles en question :

148. Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

149. Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

150. Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent;

Je ne dirai rien de l'obscurité de la loi, obscurité que déplorent les jurisconsultes (1), et d'où peuvent résulter les inconvénients les plus graves dans une matière qui devrait, plus que toute autre, être soustraite à l'empire de l'arbitraire. Ce que je regarde comme un plus grand mal, c'est l'opposition qui existe ici entre le droit civil et le droit ecclésiastique. On devine ce qui peut en advenir. Un jeune homme, très-légitimement marié à l'étranger, — ou même en France, par surprise, — verra rompre son mariage et sera forcé de se séparer de l'épouse à laquelle il est uni par un lien sacré. La loi ayant fait du consentement des parents une condition *sine qua non*, il n'y a pas à dire, si les parents invoquent cette nullité, le tribunal doit la prononcer au mépris des lois de l'Église. Est-il donc nécessaire de perpétuer cet état de choses, et rien que l'existence de pareils articles dans le Code d'une grande nation catholique n'est-elle pas déjà un scandale ?

Mais qui sait ? La loi civile croit peut-être avoir ici l'avantage sur la loi ecclésiastique, et s'estime plus sage, plus prévoyante, plus jalouse de maintenir dans la famille la véritable subordination, sans laquelle il n'y a ni respect pour les parents, ni protection efficace de leur part pour l'inexpérience de leurs enfants tou-

s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul.

S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement.

(1) M. Valette, *Explication sommaire du livre Ier du Code Napoléon*, tit. V, nos XIII et XVIII.

jours pressés de secouer le joug de l'autorité paternelle ?

J'entends d'ici les défenseurs du Code qui me disent : « Y songez-vous, et le moment est-il bien choisi pour ôter à la jeunesse ce frein salutaire? Ne dissimulez rien ; vous voulez non-seulement l'abrogation des articles 148, 149 et 150 du Code, mais encore l'abolition du mariage civil et de toutes les formalités de droit qui l'entourent. Dès lors, voyez ce qui arrivera. D'après le droit canonique, c'est au sortir de l'enfance que les jeunes gens atteignent l'âge où ils peuvent validement contracter mariage. Douze ans pour les filles, quatorze ans pour les garçons, voilà où commence pour eux cette capacité redoutable de devenir époux et d'avoir charge de famille. La raison n'est pas mûre, les passions sont ardentes ou plutôt folles à cet âge. Tout est possible. Ils trouveront, pour leur malheur, un prêtre, un pasteur complaisant qui recevra leurs serments, et ce sera fait pour la vie, au mépris de l'autorité des parents, au grand déshonneur des familles; faute irréparable dont ils seront les premières victimes, eux et leurs enfants. »

On ajoutera même qu'à la rigueur ils se passeront du concours du prêtre et de sa participation active à leur dessein ; car, d'après les théologiens, le prêtre n'est pas le ministre de ce sacrement, il n'y figure que comme témoin autorisé et nécessaire du consentement des époux. Ne peut-on pas s'y prendre de telle sorte qu'il soit témoin malgré lui? Un célèbre romancier italien met en scène deux jeunes fiancés qui, ne pouvant

obtenir de leur curé la bénédiction nuptiale, reçoivent le conseil d'en user ainsi (1). Cela n'est pas pur roman, et nous apprenons du pape Benoît XIV que le cas n'est nullement chimérique en Italie (2). Le curé, pris au dépourvu, contraint d'entendre une déclaration qu'il voudrait arrêter sur les lèvres qui la prononcent, accueille naturellement les futurs époux d'une façon assez rude et les congédie le plus souvent en leur donnant, non sa bénédiction, mais une verte réprimande. En attendant, ils sont mariés, et c'est pour la vie !

A cela que répondre? Que c'est un abus déplorable, avec lequel il ne faut pas transiger; mais que le remède imaginé par la loi française est pire encore que le mal, aucun pouvoir sur la terre n'ayant le droit de déclarer nuls des mariages dont l'Église n'a jamais contesté la validité. Au reste, comme je l'ai dit plus haut, il n'est pas prouvé que l'Église elle-même ne puisse revenir sur la détermination du Concile de

(1) Qui ne connaît les *Promessi sposi*, le chef-d'œuvre de Manzoni ?

(2) « In locis in quibus Tridentinum jam est promulgatum, non raro contingit, virum et feminam matrimonium inter se contracturos, inopinantem Parochum adire, et coram eo, quamvis invito et reluctante, ac duobus testibus ibidem fortuito astantibus, mutuum in conjugium consensum exprimere, atque inde statim se subducere, quin Parochus ullum, nisi fortasse objurgationis, verbum protulerit. » (Bened. XIV, *de Synod. diœc.*, l. VIII, cap. XIII, n° 8.) Benoît XIV ajoute que ce mariage est tenu pour valable et qu'on ne force pas les époux à renouveler leur consentement dans des formes plus régulières.

Trente. Ce qu'il y a de certain, c'est que peu d'années avant le Concile de Trente, un Concile de Cologne, célébré en 1536, avait clairement exprimé le vœu que de pareils mariages fussent frappés de nullité, et, en attendant une décision à cet égard, il avait érigé le défaut de consentement des parents, non pas en empêchement dirimant, mais en empêchement prohibitif (1). La demande de Charles IX n'était donc pas précisément une nouveauté. Si de fortes raisons la firent rejeter au XVI[e] siècle, peut-être d'autres raisons, notamment l'affaiblissement du respect et de l'autorité dans la famille, la feraient-elles prendre en considération à notre époque, et je ne vois pas ce qui pourrait s'opposer à ce qu'un *postulatum* ainsi motivé fût présenté au Concile du Vatican. L'accord entre les deux législations est si désirable que l'Église est prête à l'acheter par tous les sacrifices possibles, c'est-à-dire compatibles avec ses

(1) Voici le texte du concile de Cologne :

« Optandum ut canon Evaristi pontificis concilio generali renovetur, tollanturque illa clandestina matrimonia, quæ, invitis parentibus ac propinquis, Veneris potius quam Dei causa contrahuntur : nam quanta ex his clandestinis matrimoniis mala suboriantur in aperto est. Interea vero donec Ecclesia de hoc prospiciat, si non irrita, prohibita saltem sint, et pœnæ canonicæ, hoc est excommunicationi, contrahentes, et qui his ope aut consilio adfuerint, subjaceant: quam nec tam facile, nisi Ecclesiæ satisfiat, tolli admodum expedire nobis videtur. Quantum fieri potest, cavebit parochus, ne liberos citra parentum auctoritatem conjungat. Quod si parentes negligentes fuerint, aut in admittendo matrimonio jam contracto rigidiores negatores, admonebit eos ut liberos maturæ ætatis elocent, neve vinculo jam per Ecclesiam indissolubili pertinacius obluctentur. » (Concil. Colon., ann. 1536. Ap. Labbe et Coletti, t. XIX, col. 1267, 1268.

droits sacrés et le bien des âmes. Mais il faut que le pouvoir civil aussi fasse, de son côté, tout le possible pour arriver à une conciliation, et il est loin d'avoir épuisé tous les moyens dont il dispose et qu'il peut faire servir au maintien de l'autorité paternelle, sans aucun préjudice des droits de l'Église.

Que ne rend-il aux pères de famille la liberté de disposer, par testament, de la plus grande partie de leur bien? Ce serait les mettre à même de faire respecter leur volonté, et peu d'enfants braveraient la perspective de la situation pénible et gênée où les réduirait leur désobéissance. L'ancien droit français allait même plus loin et soumettait à la peine d'exhérédation les fils et filles majeurs qui s'étaient mariés contre le gré de leurs parents (1). Je ne réclame pas cette rigueur, qui n'est plus dans nos mœurs; mais je m'étonne que la loi moderne donne aux pères et aux mères un droit si absolu sur la personne de leurs enfants, en même temps qu'elle leur refuse la libre répartition des biens auxquels ces mêmes enfants n'ont qu'un droit éventuel. La raison indique un ordre contraire, et au nombre des droits de l'homme, dont nous sommes si jaloux, il est singulier qu'on n'ait pas compris le droit de se marier.

Il est encore gravement compromis, ce droit si essentiel, par la loi militaire qui impose au soldat le célibat tant qu'il est sous les drapeaux (2). Consé-

(1) V. Pothier, *du Contrat de mariage*, nº 337.

(2) Décrets du 16 juin, du 3 août et du 21 décembre 1808.

quence nécessaire, il est vrai, du régime désastreux des grandes armées permanentes, recrutées par la conscription. Combien en souffrent les bonnes mœurs, et combien aussi est entravé par là le développement normal de la population, — toujours en baisse, toujours inférieur à celui des nations voisines, — c'est quelque chose d'effrayant, et il y a là un juste sujet de patriotique inquiétude pour tous ceux qui ont à cœur de ne pas voir la France, par une sorte d'épuisement des sources de la vie, s'affaisser sur elle-même et déchoir à jamais du rang glorieux qu'elle a si longtemps occupé dans le monde.

On a prouvé, par des chiffres, que les unions tardives sont toujours relativement peu fécondes (1). Or, la loi militaire n'en permet pas d'autres, et la vie de caserne ne rend aux saines habitudes de la famille que des hommes qui ont déjà dissipé, dans la corruption la plus abjecte, la fleur de leur âme et de leur jeunesse. En voyant passer dans nos rues et errer dans nos carrefours ces jeunes hommes que dévore un funeste ennui et dont la volupté vénale fait sa proie, on se rappelle involontairement ces sombres et désolantes paroles du livre des Proverbes : *Fovea enim profunda est meretrix : et puteus angustus aliena. Insidiatur in via quasi latro, et quos incautos viderit, interficiet.* (Prov., XXIII, 27, 28.)

Ce qui échappe à la caserne n'a pas toujours un

(1) *Mémoire sur les âges respectifs des époux dans les mariages*, par M. Villermé. (*Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, année 1860 et suiv.)



meilleur sort. Partout, dans les lois comme dans les mœurs, dans les préjugés sociaux et dans les exigences des professions lucratives, dans l'ajournement forcé de tout établissement définitif, obstacle sur obstacle aux unions régulières, jeunes et fécondes. De là, ce qu'il a fallu nommer, d'un nom nouveau : *les faux ménages*. Plaie hideuse qui envahit de plus en plus les populations des grandes villes, depuis le haut jusqu'au bas de l'échelle sociale, et qui nous vaut à Paris, dit-on, quelque chose comme un tiers des naissances dont l'illégitimité est authentiquement constatée par les actes de l'état civil. Le faux ménage est passé dans les mœurs modernes à l'état endémique.

Quelquefois le prêtre est appelé et pénètre — en étouffant de secrètes répugnances — dans un de ces intérieurs équivoques, la mort étant déjà sur le seuil. Là, il aperçoit un homme languissant qui va s'éteindre avant l'âge et touche au terme d'une carrière courte et orageuse. Près de lui, une femme et des enfants, point d'épouse.

Que fera le ministre de Jésus-Christ, qui veut sauver cette âme et ne pas la désoler au milieu des affres de la mort?

Renverra-t-il la femme comme une étrangère?

Ou bien permettra-t-il qu'elle continue à usurper auprès du moribond, jusque dans l'étreinte du dernier adieu, le rang et le rôle d'épouse légitime?

Ou bien encore, affrontera-t-il, coûte que coûte, les chances d'un mariage *in extremis?*

Mais le Code pénal est là, si l'on se donne quelque

liberté avec la loi; mais le Code civil, — et le temps presse, — avec ses délais et ses entraves de toute sorte; un écheveau difficile à débrouiller! Au nom de la loi, la réconciliation suprême est bannie de ce foyer déshonoré. Terribles perplexités, angoisses d'un ministère de paix et de pardon!

Trop souvent, hélas! le prêtre s'éloigne sans avoir pu dénouer ce nœud fatal, et le moribond, privé des sacrements de l'Église qui sauveraient son âme, n'a pas même, à sa dernière heure, la consolation de laisser à ceux qu'il quitte le droit de porter un nom dont ils n'aient pas à rougir.

CHAPITRE XVIII.

UNE SOLUTION RADICALE. IDÉE D'UNE RÉFORME NÉCESSAIRE.

Pour couper court à des embarras inextricables et faire cesser le déplorable antagonisme que nous avons constaté entre la législation civile et la législation ecclésiastique du mariage, il se présente une solution d'une simplicité vraiment séduisante, d'autant plus facile à réaliser que l'Église en ferait seule tous les frais, sans qu'il fût besoin de recourir à la bonne volonté toujours douteuse des pouvoirs politiques.

Si cette solution pouvait être adoptée, ce qu'on nomme improprement *mariage civil* n'existerait plus, tout mariage contracté devant l'officier civil étant désormais vrai et légitime mariage, à ce point que la grâce du sacrement n'y ferait même pas défaut.

Comment croire, disent les partisans de cette mesure, dont la possibilité n'est pas douteuse, mais dont l'opportunité est plus contestable, comment croire que l'Église, ayant à sa disposition un tel remède, se refuse à l'appliquer et ne s'empresse pas de fermer, puisqu'elle le peut, cette plaie hideuse du concubinage qui cause aujourd'hui la perte de tant d'âmes?

Rien de plus facile à leurs yeux, rien de plus efficace et, ajoutent quelques-uns, de plus nécessaire. Il suffirait, pour atteindre le mal dans sa racine, de revenir tout simplement à la discipline antérieure au Concile de Trente et d'abolir l'empêchement dirimant de clandestinité; — qu'on veuille bien le remarquer, un empêchement que l'Église n'a pas connu pendant seize siècles!

Oui, jusqu'au seizième siècle, nous font-ils observer, tout mariage contracté sans le ministère du prêtre, et même sans l'assistance d'aucun témoin, était tenu pour valable, et les enfants qui en naissaient avaient rang d'enfants légitimes. Comment condamner un état de choses que l'Église a souffert si longtemps? Les abus qui s'ensuivaient étaient moindres peut-être que le mal actuel; on est du moins tenté de le croire lorsqu'on sait quelles furent les appréhensions, les résistances mêmes des Pères du Concile au moment où le décret aujourd'hui en vigueur fut soumis à leur sanction. Deux légats et plus de cinquante Pères refusèrent d'y souscrire, et il ne fallut rien moins, pour vaincre leurs scrupules, que l'acquiescement du Pape, entraîné lui-même, contraint en quelque sorte par les importunités des puissances catholiques et particulièrement de la France. Dans tous les cas, ce qu'un concile a établi, un autre concile peut l'abolir, et il le doit peut-être, s'il est prouvé que la différence des temps, le changement des mœurs et des lois a notablement accru les inconvénients que l'on redoutait dans le principe. Cet empêchement aboli, le mariage devant l'officier civil

est mariage légitime. Les catholiques d'aujourd'hui ne méritent-ils pas la même indulgence dont l'Église fit usage alors vis-à-vis des hérétiques? Elle ne voulut pas annuler et flétrir en masse les unions qu'ils contractaient devant leur ministres, châtiment, trop rigoureux pour les enfants, de la rébellion dont les pères étaient seuls coupables. Que fit donc l'Église pour leur épargner cet opprobre? Elle décida que le nouveau décret n'obtiendrait force de loi que là où il aurait été promulgué, et comme cette promulgation n'eut pas lieu, bien entendu, dans les pays déjà séparés de l'unité, les mariages non bénis par le prêtre y furent, comme par le passé, et y sont encore valables.

Ce langage est celui de plus d'un homme grave, même au sein du clergé, et nous avons nous-même entendu tel théologien, en réputation de science et de piété, affirmer que le jour n'était sans doute pas éloigné où l'Église, cédant à d'impérieuses nécessités, abrogerait le décret du Concile de Trente et remettrait toutes choses sur l'ancien pied (1).

(1) Un ancien magistrat, dont la longue carrière avait été remplie par les travaux et les emplois les plus honorables, concluait ainsi ses réflexions sur le même sujet : « On conçoit maintenant pourquoi, durant seize siècles, la bénédiction nuptiale et le lien du mariage ont été considérés comme deux choses essentiellement distinctes ; pourquoi l'on n'avait pas réuni ce qui était religieusement utile avec ce qui était civilement nécessaire ; pourquoi enfin l'Église admettait comme légitimes les unions que la loi déclarait valables.... » — « Un respect éclairé pour la religion aurait dû maintenir cet ordre de choses, » ajoutait-il avec quelque hardiesse. (*Réflexions sur quelques parties de notre législation civile*, par M. Rendu.)

Tel n'est pas notre avis, et cela pour des raisons dont plusieurs nous semblent invincibles.

Et d'abord ne serait-ce pas ratifier, consacrer en quelque sorte la sécularisation du mariage? Le dernier lien serait rompu, qui rapproche encore les plus indifférents de l'autel à cette époque solennelle et décisive de la vie. Plus de conseils salutaires et de bénédiction de leur pasteur; plus d'exhortation à se préparer, par une sincère pénitence, à ce sacrement des vivants, et ils finiraient par désapprendre entièrement le chemin, déjà si peu connu, si peu fréquenté de l'église. Et puis, qui donc serait chargé d'informer sur l'habilité à contracter des futurs conjoints, sur les empêchements canoniques dont ils peuvent être atteints? L'officier civil? Mais il ne connaît pas de ces sortes de choses et il n'a mission que pour s'enquérir des nullités admises par le Code; si bien que le mariage échapperait, sous ce rapport, à tout examen préalable. Voilà pourquoi l'Église a toujours désapprouvé ces sortes d'unions, pourquoi elle les avait en horreur (1), même avant le Concile de Trente, pourquoi, selon nous, elle se gardera bien de se relâcher d'une sévérité dont elle ne paraît pas s'être repentie et que l'état des mœurs rend plus que jamais nécessaire.

Au reste, en veut-on la preuve? L'Église romaine n'est nullement disposée à entrer en composition sur cet article et à restreindre l'application de la règle éta-

(1) « Sancta Dei Ecclesia, ex justissimis causis, illa semper detestata est. » (*Concil. Trid.*, sess. XXIV, cap. I.)

15

blie par le Concile de Trente. S'il est un pays à l'égard duquel elle pouvait user de plus d'indulgence, c'est assurément l'Amérique du Nord, puisqu'il s'y trouve de vastes diocèses où jamais le décret en question n'a été promulgué et où d'ailleurs tout contribue à en rendre l'observation difficile. Aussi, en 1867, les Pères du deuxième concile plénier de Baltimore, désirant faire régner dans tous les États de l'Union une discipline uniforme, pensèrent que, par rapport au mariage, le régime antérieur au Concile de Trente devait être préféré, excepté dans la province ecclésiastique de la Nouvelle-Orléans (1). Mais cette décision ne fut point ratifiée à Rome, et le Saint-Siége, en la désapprouvant, donna suffisamment à entendre quelle réponse recevraient les évêques d'Europe si jamais ils lui adressaient la même demande.

Il n'y faut donc pas songer, cela est clair, et l'on peut tenir pour certain que l'Église fera respecter, autant qu'il est en elle, les lois qu'elle a établies en d'autres temps pour garantir au mariage la sainteté, la dignité de son institution première. Sur tout le reste elle se montrera, comme toujours, très-accommodante. On ne la verra pas s'attacher, par un vain formalisme, à des usages qui ont fait leur temps et perdu de nos

(1) « Cum vero synodales postulassent, tit. V, c. IX, nº 367, ut in omnibus Provinciis Fœderatorum statuum, excepta Neo-Aurelianensi, impedimentum clandestinitatis ablatum declararetur, sanctissimus Pater postulationi huic minime censuit annuendum. III. Instruct. Congreg. de Prop. Fide, nº 7. » (*Concilii Baltimorensis II Acta et Decreta*. Baltimore, 1868.)

jours leur raison d'être. Tout ce qu'elle peut abandonner aux pouvoirs politiques, elle l'abandonnera sans arrière-pensée, sans regret; et si elle repousse tout empiétement, elle se gardera bien d'empiéter elle-même sur un domaine qui ne lui appartient pas en propre et où elle ne se sent plus, comme autrefois, nécessaire.

J'ai vu des gens d'esprit, et des plus instruits, très-persuadés que le clergé français visait à la restauration d'un ordre de choses où il serait seul, comme avant 89, en possession de dresser les actes de l'état civil et d'en garder le dépôt.

Petite ambition que celle-là et peu digne d'un cœur sacerdotal. Des registres, des bureaux, du papier timbré, il s'agit bien de cela! Non, laissons à l'État, qui s'en acquitte si bien depuis trois quarts de siècle, le soin de choisir et de discipliner les fonctionnaires auxquels incombe ce service public. Cela est rigoureusement de la compétence de l'État, et si l'Église s'est autrefois chargée de cette tâche, c'est qu'il l'a bien fallu, à l'époque où être *clerc* et lettré c'était tout un.

Il est vrai que plusieurs projets de lois furent préparés, en ce sens, sous la Restauration et même dans les commencements du premier Empire. Dans un rapport, présenté à Napoléon en 1806, le ministre de la justice, après avoir constaté l'incapacité et la négligence d'un grand nombre d'administrateurs laïques, s'exprimait ainsi : « Quel parti prendre dans de telles circonstances? Un gouvernement sage, étranger à tout esprit de parti, et que les vues du bien public seules dirigent, ne doit se décider que par les moyens qui

remplissent d'une manière plus parfaite son objet. Peu lui importe que ce soient des prêtres ou des laïques qui exécutent ses intentions, pourvu qu'elles soient remplies. Il ne reste donc qu'à examiner qui, des curés et des desservants ou des maires, est plus propre à tenir les registres de l'état civil d'une manière conforme aux vues que la loi a eues en les établissant. Il me semble qu'on ne peut guère balancer à se décider en faveur des premiers. Ils ont pour eux d'abord l'*avantage de l'invention* et la nécessité de tenir des registres exacts par des considérations religieuses (1). »

« L'avantage de l'invention ! » Soit, l'Église le possède en cette matière et en d'autres, — les universités, par exemple, les bibliothèques, etc., — dont elle ne revendique pourtant pas le monopole. Quant à moi, je l'avoue, j'attacherais peu de prix à cette restauration de surface, qui accroîtrait la charge des pasteurs, sans grand profit pour les fidèles. Mais je ne ferais pas si bon marché d'une autre invention, toute divine celle-là, qui tient au fond et à l'essence des choses. Cette invention n'est autre que le sacrement, le lien indissoluble du mariage, dont Dieu lui-même s'est déclaré l'auteur et qu'il a défendu à l'homme de rompre sous quelque prétexte que ce soit. L'Église en est la gardienne, et seule elle a reçu de Jésus-Christ une pleine autorité, législative et judiciaire, à l'effet de statuer sur les conditions essentielles, sur la validité, sur l'intégrité du contrat et du sacrement de mariage.

(1) Cité par M. de Bonald, *Discours politiques*, t. II, p. 210.

Ce que nous pensons du mariage civil, réglé par le Code et soumis à une juridiction toute laïque, on le comprend assez par cela seul ; et nous ne pouvons nous le dissimuler, c'est ici surtout que nous avons affaire à forte partie et qu'il nous faut lutter contre le cours général des idées et des choses. Combien d'hommes, en France, croiraient la liberté sérieusement en péril, s'il était question d'abolir le mariage civil ! Tant nous sommes accoutumés, dès l'enfance, à ne reconnaître la liberté que sous l'uniforme, et, si j'ose dire, sous les couleurs de 89.

Cependant, un peuple voisin, chez qui la liberté civile et politique est un peu plus robuste et mieux enracinée que chez nous, connaît à peine le mariage civil et ne le rend obligatoire pour personne. Oui, dans la libre Angleterre, pour le protestant comme pour le catholique, la voie commune est toujours celle des ancêtres; et, bien que le mariage civil soit aussi autorisé depuis 1820, on continue à se marier de préférence au temple et à l'église. Le *registrar* assiste au mariage avec les témoins ; il dresse les actes, il tient les registres, mais c'est tout ; ce n'est pas lui qui cimente l'union entre les époux, à moins qu'on ne veuille, chose assez rare, se passer de toute cérémonie religieuse (1).

Au Canada, c'est mieux encore. En devenant sujets de la Grande-Bretagne, les anciens colons français ont stipulé le maintien de leurs libertés civiles et religieu-

(1) Le Play, *Réforme sociale*, 3e édition, t. III, p. 85 ; — Colfavru, *Du mariage en Angleterre*, etc., p. 44.



ses, tellement qu'ils sont encore régis par les lois et coutumes qui étaient en vigueur au moment de la conquête. Aux termes de la capitulation de Québec, signée quatre jours après la mort de l'héroïque Montcalm (14 septembre 1759), le libre exercice de la religion catholique, apostolique et romaine est garanti à tous les habitants du bas Canada ; et la capitulation de Montréal (11 septembre 1760) porte encore plus expressément : « Le libre exercice de la religion catholique, apostolique et romaine subsistera en son entier, en sorte que tous les États et le peuple des villes et des campagnes, lieux et postes éloignés, pourront continuer de s'assembler dans les églises et de fréquenter les sacrements comme ci-devant, sans être inquiétés en aucune manière, directement ou indirectement. » Ces clauses ont été ratifiées par le traité de Paris (10 février 1763), et, malgré quelques restrictions, malgré des violences passagères, suites inévitables de la victoire, toujours est-il que la population française de cette vaste et fertile contrée ne s'est jamais vu sérieusement contester ses droits. On nous l'a dit bien des fois, c'est là qu'il faut aller si l'on veut voir comme une épave de la vieille France, de la France de Henri IV et de saint Vincent de Paul, échappée, par une rare fortune, au cataclysme révolutionnaire. Un digne prêtre, curé d'une des paroisses d'Alger, arrivant du Canada, où il avait vivement intéressé les fils des anciens colons français au sort de notre indigente et affamée colonie d'Afrique, les mains pleines des dons de la charité et le cœur débordant de reconnaissance, n'hé-

sitait pas à nous dire que, de tous les pays qu'il eût jamais visités, celui-là était sans contredit le plus libre, le plus français et le plus catholique. Ajoutons que c'est aussi l'un des plus prospères, des plus éclairés, et qu'en fait d'industrie, d'agriculture et d'instruction populaire, les Canadiens ne le cèdent à aucun des peuples de la vieille Europe.

Eh bien, grâce à la loyauté de l'Angleterre, ces hommes-là continuent à se marier devant leur curé, et nul ne les contraint à user du mariage civil. Il y a plus, je lis dans une brochure publiée à Montréal en 1868(1) : « En bas Canada, où la célébration des mariages est exclusivement confiée aux ministres de la religion des parties, les cours de justice ne peuvent statuer sur la validité de cette célébration sans anomalie, sans excéder leur juridiction, en statuant sur des rites, droits et formalités qui sont essentiellement du ressort de l'Église et ne sont légalement connus que d'elle. » En 1866, la cour supérieure de Montréal, ayant à statuer sur un cas de nullité, renvoie les parties devant leur évêque, et c'est seulement « vu la sentence dudit évêque, » qu'elle déclare ensuite le mariage « nul et de nul effet civil. » Aussi les avocats, dans les causes matrimoniales, citent-ils Pothier comme nous citons Troplong et Demolombe, et ils invoquent l'édit de Blois, toujours en vigueur.

Ainsi la France catholique n'est plus en France,

(1) *Considérations sur les lois civiles du mariage*, par Désiré Girouard, B. C. L., avocat.



mais elle est encore au Canada. Voilà bien de quoi faire réfléchir tout homme doué d'un vrai sens politique.

On se plaint très-souvent qu'il y ait chez nous deux peuples, toujours rivaux, sinon ennemis irréconciliables, celui d'avant et celui d'après 89, et l'on conclut naturellement à l'extinction de tout ce qui oppose encore quelque résistance à l'esprit moderne, c'est-à-dire révolutionnaire. Certes, rien de plus regrettable que de voir une nation divisée et désunie; mais à qui la faute s'il y a lutte? Quand on a voulu refaire à neuf les institutions du pays, d'après des visées métaphysiques, a-t-on écouté les réclamations, a-t-on tenu compte, si peu que ce fût, des répugnances d'un grand nombre de citoyens attachés à la foi et aux traditions de leurs aïeux? Non, on les a traités en vaincus, et il eût presque mieux valu, pour nous catholiques, vivre en pays conquis, sous la loi de l'étranger, car on ne nous a pas fait de quartier, et nous n'avons jamais eu en France de capitulation de Montréal.

Ici, je dois déposer la plume, non que le sujet soit épuisé, il s'en faut bien; mais si j'en voulais mettre en lumière les aspects si variés, je dépasserais toutes les bornes.

Je n'insiste donc pas sur les réformes que les catholiques sont en droit d'attendre d'un gouvernement réparateur. On l'a vu, quelques-unes pourraient s'effectuer immédiatement : abrogation des articles 199

et 200 du Code pénal, révision des articles 148, 149 et 150 du Code civil, etc.; réformes encore bien incomplètes, sans doute, bien insuffisantes, mais nullement à dédaigner dans l'état présent des choses, puisqu'elles feraient au moins disparaître en partie de nos lois ce qui blesse trop manifestement et l'indépendance d'un ministère sacré, et la plus *humaine*, la plus inaliénable des libertés.

On n'en resterait pas là, j'en ai l'espérance, et si des demandes catégoriques étaient adressées au Concile par l'épiscopat; si des propositions sérieusement acceptables étaient faites au Saint-Siége, en vue d'une révision du Concordat, on arriverait peut-être à s'entendre et à mettre entre les législations civile et canonique l'accord nécessaire pour qu'il fût enfin possible d'être fidèle observateur de l'une et de l'autre, comme c'est naturellement le vœu de tout bon Français.

Serait-ce donc trop d'ambition que de réclamer pour les catholiques de France, dans leur propre patrie, les mêmes franchises dont continuent à jouir leurs frères du Nouveau-Monde sous les sages lois d'une grande nation protestante?

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

Imprimerie générale de Ch. Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.

ON TROUVE A LA MÊME LIBRAIRIE

OUVRAGES SUR LES QUESTIONS DU JOUR

De la définition de l'infaillibilité pontificale, par *dom Guéranger*. In-8 .... 1 fr.

L'Infaillibilité devant la Raison, la Foi et l'Histoire, par Léon Gautier. 1 vol. in-18 de 112 pages .... » 75

Les Jésuites et les associations religieuses, devant les lois nouvelles, par A. Ravelet. 1 vol. in-12 de 148 pages .... 1 »

La question de l'infaillibilité aux cinq premiers siècles, à propos du P. Gratry, par le P. Matignon. 1 vol. in-18 .... » 75

La Liberté du Concile, par M. Louis Veuillot. 1 vol. in-18 jésus .... » 60

Défense de l'Église romaine contre les accusations du P. Gratry, par le R. P. dom Prosper Guéranger. 2 brochures in-8 .... 2 »

Le Pape Honorius, Lettre au P. Gratry, par J. Chantrel. Brochure de 112 pages .... » 75

Les fausses décrétales, 2e lettre au P. Gratry, par le même, 1 volume de 150 pages .... » 75

Paul IV et la tyrannie papale, par J. Chantrel (3e réponse au P. Gratry). 1 vol. de 112 pages 75

L'Infaillibilité, Discours de Mgr Bertaud, prononcé à Rome, précédé d'une lettre de M. Louis Veuillot. 1 vol. in-12 de 36 pages 1 50

La question d'Honorius, 4 lettres au P. Gratry, par Mgr Deschamps. In-12 de 36 pages, 25 c., les 4 .... 1 »

L'Infaillibilité, Lettre à Mgr Dupanloup, par Mgr Deschamps. In-12 de 30 pages .... » 25

L'Infaillibilité du pape prouvée 1° par les principes mêmes et le sentiment unanime de l'Église gallicane; 2° par la doctrine et la tradition de l'Église catholique, par le P. Muzzarelli. 1 vol. in-12 .... 2 »

La Monarchie pontificale, à propos du livre de Mgr Maret, par le T. R. P. dom Guéranger. 1 vol. in-8 de 300 pages .... 3 »

Les Contradictions de Mgr Maret, par le P. Ramière. Un fort volume in-8 .... 3 »

« Pour réfuter un ouvrage trop répandu, vous vous êtes emparé des armes de l'auteur, et vous l'avez si bien mis aux prises avec lui-même qu'il a donné à ses adversaires le soin de renverser l'édifice que vous l'avez contraint à démolir de ses propres mains. » — Paroles de Pie IX dans le bref au P. Ramière.

Primauté (la) de Saint-Pierre, prouvée par les titres que lui donne l'Église russe dans sa liturgie, par le P. C. Tondini, barnabite. 1 vol. grand in-8 de 100 pages 2 50

Imprimerie générale de Ch. Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris





HISTOIRE

DU

RÉGIME DOTAL

CHEZ LES ROMAINS

PAR

M. T. HOMBERG

Avocat à la Cour royale de Rouen



ROUEN

IMPRIMÉ CHEZ NICÉTAS PERIAUX

RUE DE LA VICOMTÉ, 55

1841





HISTOIRE

DU

RÉGIME DOTAL

CHEZ LES ROMAINS

Extrait du Précis analytique des Travaux de l'Académie royale des Sciences, Belles-Lettres et Arts de Rouen.
— Année 1840. —

HISTOIRE

DU

RÉGIME DOTAL

CHEZ LES ROMAINS

PAR M. T. HOMBERG

Avocat à la Cour royale de Rouen



ROUEN

IMPRIMÉ CHEZ NICÉTAS PERIAUX

RUE DE LA VICOMTÉ, 55

1841

HISTOIRE

DU

RÉGIME DOTAL

CHEZ LES ROMAINS.

Il ne faut jamais séparer les lois des circonstances dans lesquelles elles ont été faites.
MONTESQUIEU, *Esp. des Lois*, l. 29, ch. 14.

LE régime dotal est si usité en Normandie, que son histoire a, en quelque sorte, un intérêt de localité.

Peut-être un jour oserai-je soumettre à mes concitoyens, sur les véritables conséquences de ce régime, tant aimé des Normands, le résultat de mes observations et de mes études.

Quant à présent, je me sens effrayé par le prestige dont l'entourent et la consécration des siècles et l'importante autorité du droit romain.

Lors de la discussion du code civil au corps législatif, un orateur se représentait placé sur une haute montagne,

d'où, d'un côté, il voyait briller une lumière vive et pure, qui était la législation romaine, et, de l'autre, voyait régner encore cette confusion de coutumes diverses, de lois barbares, caprices superbes des vainqueurs, disait-il, habitudes serviles des vaincus, etc. [1]....

Si, au lieu de rester sur la montagne, l'orateur dont je parle avait marché à la rencontre de cette lumière qui l'éblouissait, peut-être l'aurait-il vue s'affaiblir et disparaître comme ces feux follets qui ne trompent qu'à distance. Ce que je dis là, je le justifierai par un seul mot. Quand le régime dotal a pris naissance à Rome, la femme était l'esclave de l'homme ; aujourd'hui, elle est son associée. Voudra-t-on bien reconnaître que ce qui a pu convenir à l'une de ces époques, puisse ne plus convenir à l'autre ?

Qu'au XIIe siècle de notre ère, lorsque les Pandectes de Justinien, depuis si long-temps perdues, furent retrouvées au siége d'Amalfi, les populations, réduites aux lois barbares importées par la conquête, ou aux souvenirs à demi effacés du code Théodosien, se soient prises d'enthousiasme pour cet ensemble de décisions si sages et si justes ; qu'à cette époque où l'autorité des textes subjuguait les esprits, le précieux volume, porté en triomphe de Pise à Florence, et conservé dans cette dernière ville avec un culte religieux, soit devenu l'oracle des écoles d'Irnérius et de Placentin, c'est ce que, sans peine, nous comprenons ; mais, aujourd'hui que l'éclectisme domine dans les sciences comme dans la philosophie ; aujourd'hui que notre société, fondée sur des bases nouvelles, a besoin d'un droit nouveau, sachons au moins discerner, dans

[1] Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, p. 768. — Un autre orateur félicitait les contrées du Midi de la France d'être à la fois éclairées par le soleil et par le digeste. Id., page 749.

la législation des Romains, ces maximes de justice éternelle, véritable raison écrite, toujours également applicables à tous les temps et à tous les lieux, de ces lois positives, créées au milieu de mœurs et d'institutions qui ne sont plus les nôtres.

Quel fils de famille voudrait, de nos jours, se soumettre à la despotique autorité du *Pater familiás*! Quelle femme mariée n'aurait pas horreur du régime de la *Manus*! Et, en un mot, que pouvons-nous envier à la constitution de cette famille romaine, basée sur l'esclavage des serviteurs, et sur le servage des femmes et des enfants?

Ce ne sont, à vrai dire, ni les lois primitives ni les institutions des Romains qui méritent notre admiration; mais la manière dont elles ont été interprétées par ces éminents jurisconsultes, dont les sages réponses ont acquis dans les siècles suivants l'autorité législative. Et, si nous avons un regret à former, c'est que le génie d'un Paul, d'un Ulpien, d'un Papinien, se soit trouvé emprisonné dans les entraves d'une législation si étroitement formaliste à certains égards, et encore si barbare à certains autres.

Avant, donc, d'invoquer pour une loi française l'autorité d'une loi romaine, il faudrait rechercher par qui, et à quelle occasion, cette loi romaine a été faite; car les temps ne sont plus les mêmes, et les circonstances ont pu changer avec eux.

Ces considérations m'ont fait entreprendre l'histoire du régime dotal, et, pour première récompense de mes efforts, j'ai trouvé dans cette étude un intérêt que, du reste, on comprendra sans peine. L'histoire de la dot est l'histoire de la condition des femmes, qui n'est autre, elle-même, que l'histoire de la civilisation.

§ I[er].

DU MARIAGE ET DE LA PUISSANCE MARITALE CHEZ LES PREMIERS ROMAINS.

La puissance maritale n'était pas toujours chez les Romains, comme chez nous, la conséquence nécessaire et forcée du mariage.

Ils distinguaient entre le mariage en lui-même, *Nuptiæ*, qui se formait par le seul consentement des parties [1]; et certaines solennités du droit civil [2], ou une prescription [3], qui donnaient naissance à la puissance maritale, la *Manus*, et faisaient passer la femme, avec tous ses biens, de la famille de son père dans celle de son mari; or, les noces pouvaient être légitimes, *justæ*, et n'être pas suivies de ces solennités ou de cette prescription.

Ce qui, alors, les distinguait du simple concubinat, n'était autre chose que l'intention des contractants [4], et il semble d'après cela que, dans certains cas, il devait être fort difficile de connaître s'il y avait *justes noces* ou concubinat. Nous dirons, toutefois, que les justes noces se présumaient aisément quand la femme était d'une vie honorable et d'une condition égale à celle de son mari [5]. Au reste, le concubinat dont il est question ici n'était pas frappé par les lois de la réprobation que le concubinage encourt parmi nous [6]; et il jouissait, même sous certains rap-

[1] « Nuptias consensus.... facit. »

[2] Coemptio, confarreatio.

[3] Usus.

[4] « Concubina ab uxore dilectu separatur. » *Pauli Sentent.*, lib. 2, tit. 20. — « Concubinam ex sola animi destinatione æstimari opportet. » L. 4, ff. *De concubinis.*

[5] « In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fuerit. »

[6] « Concubinatus per leges nomen assumpsit. » L 3, ff. *De Concubinis.*

ports, des mêmes prérogatives que le mariage ; mais, comme la puissance maritale n'avait jamais lieu à son égard, nous n'aurons pas à nous en occuper.

Quand les justes noces n'étaient pas suivies des solennités du droit, les femmes restaient sous la puissance de leur père, ou sous la tutelle de leurs agnats ; car telle était leur condition, qu'il fallait toujours qu'elles fussent sous puissance d'autrui ; elles vivaient alors comme des étrangères dans la famille de leur mari, qui n'avait de droits que sur leur personne sans en avoir sur leurs biens ; et, si elles venaient à mourir, ce n'était ni leur mari ni leurs enfants qui recueillaient leur succession, mais leur père ou leur tuteur.

Rien, à coup sûr, ne répugne davantage aux idées que la civilisation nous a faites, que de considérer les femmes comme des *choses*, soumises, dans les mains du père, à toutes les conséquences du droit de propriété, et le mariage comme une vente qui fait passer ce droit du père au mari, ainsi que de vendeur à acquéreur.

Tels sont cependant les véritables caractères sous lesquels il faut bien que nous envisagions la puissance paternelle, le mariage et la puissance du mari, chez les premiers Romains, si nous voulons voir un peu clair dans ces intéressantes antiquités de l'histoire du droit.

Tout le monde sait combien était absolue chez les Romains la puissance du père de famille. Le principe qui a fondé cette puissance est celui qui a présidé à la formation de toutes les sociétés antiques ; c'est le droit du plus fort, du premier occupant ; ce droit primitif et violent des porte-lances, ou *quirites*, en vertu duquel le père possède les enfants qu'il a engendrés, comme les terres qu'il a conquises, et dispose du tout suivant sa volonté ou son caprice.

La loi des XII Tables donne expressément au père droit

de vie et de mort sur ses enfants [1]. N'est-ce pas là ce *jus utendi et abutendi* qui caractérise chez nous le droit de propriété ?

Les enfants appartenaient donc au père, au même titre que ses esclaves, ses bestiaux et tous ses autres biens ; s'il pouvait les tuer, à plus forte raison pouvait-il les léguer par son testament, les donner en gage à ses créanciers, et enfin les vendre.

« Il y avait si peu de différence, aux yeux du père,
« quant à la propriété, entre les personnes et les biens, »
dit M. Granier de Cassagnac, dans son *Histoire de la Famille*, « que, dans la langue des juristes, et jusqu'à la
« fin du 6me siècle, le mot famille désignait les terres,
« et le mot argent les esclaves et les enfants.... Un
« fragment des XII Tables, rapporté par le jurisconsulte
« Paul, dans son 49e livre sur l'édit, reconnaît le droit qu'a
« le père de disposer à son gré, en mourant, de l'*argent*
« et de la *tutelle*, ce qui prouve que le mot argent désignait
« les enfants. »

De ce que tous les principes relatifs au droit du propriétaire sur la chose acquise et possédée sont applicables à la puissance paternelle, il s'ensuit que tous les biens acquis par les enfants, à quelque titre et de quelque manière que ce soit, entrent immédiatement, et, par la seule force des choses, dans l'avoir du père. Ce sont, si l'on peut s'exprimer ainsi, des accessoires de la chose qui suivent le sort de la chose elle-même ; *accessorium sequitur principale* [2].

[1] 4e table, l. 26.

[2] « Legum romanorum authores, liberos in manu parentum ad instar servorum esse voluerunt, neque suorum bonorum ipsos esse dominos, sed parentes donec manu-mittantur, eo modo quo mancipia solent. » Sextus Empiricus.

« Adquiritur autem non solum per nos, sed etiam per eos quos in potestate, manu, mancipiove habemus. » Gaius, *Comm.*, 2, § 86.

Quand le fils de famille avait atteint un certain âge, il pouvait être émancipé, et les formes de cette émancipation méritent d'être remarquées. Une loi des XII Tables ayant déclaré indigne de conserver la puissance paternelle, le père qui avait vendu son fils trois fois; le père qui voulait émanciper son fils le *vendait* fictivement trois fois de suite, et l'acheteur employait cette formule symbolique: « J'affirme que cet homme *m'appartient* par le « droit quiritaire. Je l'ai *acheté* au prix de cette mon- « naie, avec cette balance de cuivre. »

De même, si la femme voulait devenir maîtresse de ses droits, elle épousait, par le rit de la *coemption*, un homme qui l'émancipait. J'ai tort de dire qu'elle *épousait*, car, dans ce cas, la *coemption* était si peu un mariage, qu'elle ne rompait même pas les justes noces que la femme pouvait avoir précédemment contractées. C'était encore une vente, et rien de plus.

Nous avons dit précédemment que les noces avaient quelquefois lieu sans la puissance maritale. Ici la puissance maritale avait lieu sans les noces.

Sauf le cas de ces émancipations dont nous ne trouvons la mention que dans Gaïus (*Comm.*, 1, § 114), et qui paraissent avoir été fort rares, la femme, quel que fût son âge, ne recouvrait pas sa liberté, comme le fils de famille à la mort de son père [1].

La tutelle, qui, chez nous, est une charge imposée au tuteur, dans l'intérêt du pupille, était, au contraire, considérée à Rome, dans les premiers temps, comme une valeur profitable pour celui qui en était revêtu. Aussi, à la mort du père, et à défaut d'un testament qui en disposât autrement, la tutelle, soit de l'épouse, soit du fils

[1] « Veteres voluerunt fœminas, etiam si perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. » Gaius, *Comment.*, 1, § 144.

en minorité, soit des filles, revenait-elle de droit aux agnats, c'est-à-dire aux parents du côté du père, qui étaient appelés, par la loi des XII Tables, à recueillir la succession.

Ces tuteurs, testamentaires ou légitimes, avaient-ils, sur la personne de leurs pupilles, tous les droits du père de famille? C'est ce que nous n'oserions affirmer en l'absence de textes formels qui nous y autorisent; mais cela nous paraît tout-à-fait dans l'esprit de la législation d'alors, et, pour ce qui concerne les biens, nous dirons, sans hésiter, que la puissance tutélaire était, en tous points, semblable à la puissance paternelle.

La tutelle, en effet, était si bien une valeur dans les mains des agnats, qu'ils en pouvaient céder l'exercice, et qu'à la mort du cessionnaire, elle leur faisait retour (Gaïus, *Comm.*, 1, § 168 et 172); d'un autre côté, la femme ne pouvait aliéner, s'engager, ni même tester, sans l'autorisation de son tuteur (Gaïus, *Comment.*, 2, § 47), tandis que celui-ci pouvait disposer des biens de sa pupille, qui, n'étant pas *sui juris*, n'avait jamais d'action contre lui.

Telles étaient, dans les premiers siècles de Rome, la puissance paternelle et la puissance tutélaire. Voyons maintenant comment elles se transmettaient au mari; parlons de ces solennités du droit civil, qui, lorsqu'elles accompagnaient les noces, avaient pour effet de faire sortir la femme de la famille et de la puissance de son père ou de son tuteur, pour la faire entrer dans la famille et sous la puissance de son mari, *in manu viri*.

Servius, qui vivait au IVe siècle, a mentionné, dans son commentaire sur le quatrième livre des *Géorgiques de Virgile*, trois sortes de mariages qui réduisaient la femme *in manu*, à savoir : l'usage, *usus*; la confarréation, *con-*

farreatio, et l'achat, *coemptio*. La vérité historique voudrait peut-être que ces trois rites fussent nommés dans un ordre contraire.

Le mariage par achat est, sans contredit, le plus ancien de tous ; c'est aussi le plus généralement usité.

Le droit que s'attribuaient les pères, de vendre leurs enfants ; l'usage où étaient les maris, d'acheter leurs épouses, se trouvent à l'origine de toutes les sociétés, et constituent l'une des principales bases de toutes les législations primordiales.

Chez les Hébreux, les Grecs, les Thraces, les Germains et tous les anciens peuples, le mariage se montre à nous avec les caractères d'un contrat de vente ou d'échange. Il paraissait tout naturel aux pères qui croyaient avoir la propriété de leurs enfants, d'en tirer le meilleur parti possible, et les hommes qui voulaient avoir des femmes étaient obligés de les payer à leur père.

Ainsi, nous lisons, dans la Bible, que l'intendant d'Abraham, allant demander Rebecca en mariage pour Isaac, part avec dix chameaux chargés de toutes sortes de richesses ; puis, quand il a donné des habits, des vases d'or et d'argent aux frères, à la mère, à la jeune fille elle-même, on lui dit, comme si on lui livrait une marchandise : « La voici devant vous, emportez-la et partez. » *En Rebecca coram te, tolle eam, et proficiscere.*

Jacob sert Laban quatorze ans pour obtenir en mariage Lia et Rachel, ses filles. Sichem, pour obtenir Dina, promet de donner à Jacob tout ce qu'il lui demandera pour elle.

Dans l'*Iliade*, nous voyons Othrion acheter Cassandre à Priam, moyennant des secours pour soutenir le siége de Troye, et Sperchius acheter, par de grandes richesses, Polydora, fille de Pelée.

Dans l'*Odyssée*, Nélée achète Cloris, fille d'Amphion,

et l'un des amants de Pénélope lui propose, pour vider leur différent, que celui-là soit son mari, qui pourra l'acheter le plus cher à son père.

Xénophon nous raconte comment le roi de Thrace, Teutès, ému pour lui de reconnaissance, lui proposa de lui donner sa fille en mariage et de lui acheter la sienne, ajoutant que telle était la loi des Thraces.

Dans la comédie des Acharnaniens, Aristophane nous montre un habitant de Mégare, apportant sur le marché d'Athènes ses deux filles enfermées dans un sac, et les vendant, l'une pour une botte d'ail, et l'autre pour un chenix de sel.

Le titre 6e de la loi Saxonne fixe à 300 sous le prix d'une fille qu'on veut épouser ; et le titre 12e de la loi Bourguignonne de Gondebaud, également très formelle sur la vente des filles, donne à la somme dont on les paie, le nom de *prix nuptial*.

Enfin, chez les Allemands, l'expression *acheter*, pour épouser, s'est conservée jusqu'à la fin du moyen-âge [1].

Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini.

A Rome, et au temps dont nous nous occupons, le mariage par achat était plutôt un rite, une consécration religieuse, un symbole, un souvenir des anciens usages, qu'une vente réelle; car il ne paraît point qu'il y eût de prix payé, par le mari qui achetait, au père qui vendait. A la vérité, dans les cérémonies qui accompagnaient cette solennité, il était fait usage d'une balance et de pièces de monnaie; mais ce n'était qu'un symbole, comme pour le testament *per æs et libram*, et l'émancipation par les trois ventes successives.

Quoi qu'il en soit, cette vente fictive produisait, quant

[1] Voir l'*Histoire de la Famille*, par M. Granier de Cassagnac, les *Origines du Droit français*, par M. Michelet, et la préface du *Traité de la Dot*, de Roussilhe.

à la puissance maritale, et à la substitution du mari dans les droits du père, tous les effets d'une vente réelle. La femme tombait *in manu viri*, selon la forte expression du droit. Elle devenait la chose du mari, et prenait place, dans son avoir, avant ses esclaves et ses bestiaux. S'il n'avait pas précisément sur elle le *jus utendi et abutendi*, il s'en fallait de bien peu; deux lois attribuées par Denys d'Halicarnasse à Romulus, et rapportées au Code Papyrien, sous les nos 23 et 24 [1], permettent au mari de juger sa femme, et de la tuer, si elle s'est rendue coupable d'adultère, ou, chose fort étrange pour nous, si elle a bu du vin [2]. Il pouvait vendre sa femme (*remancipatione*), comme Néron vendit son épouse Livie à Auguste [3], la prêter comme Caton prêta la sienne à Hortensius [4], ou, enfin, la léguer par testament en lui choisissant un tuteur [5].

Tels étaient les effets incontestables du mariage *coemptione*. Quant aux deux autres rites, *confarreatione* et *usu*, c'est une question, encore controversée aujourd'hui, que celle de savoir s'ils donnaient au mari la même puissance.

La confarréation était le mariage usité dans les familles sacerdotales, et celui que l'on tenait pour le plus solennel. Certains prêtres, comme le flamen de Jupiter et les vestales, ne pouvaient être choisis que parmi ceux dont les parents avaient été unis par la confarréation [6].

[1] Voyez Terrasson, *Histoire de la Jurisp. romaine*, p. 49 et 50.

[2] Valère Maxime rapporte qu'un certain Egnatius Metellus condamna son épouse et la fit mourir parce qu'elle avait bu du vin, et que, loin que cette violence attirât une condamnation à Métellus, il n'en fut pas même blâmé. (Lib. 6., ch. 359.)

[3] Tacite, *Ann.*, liv. 5, § 1.

[4] Plutarque, *Vie de Caton*.

[5] Gaius, *Comment.*, 1, § 149.

[6] Adam, *Antiquités romaines*, t. 2, p. 292.

Les cérémonies de ce mariage se faisaient en présence de dix témoins, et on s'y servait d'un gâteau de froment que le prêtre de Jupiter faisait goûter aux deux époux. Ce partage d'un gâteau semble indiquer, entre les conjoints, une certaine égalité de condition qui a fait supposer à quelques historiens [1] que la confarréation ne faisait pas tomber la femme sous la puissance maritale, au même titre que la coemption. Cette opinion s'est appuyée sur deux textes, dont l'un est une loi attribuée à Romulus, par Denys d'Halicarnasse, insérée au Code Papyrien, et portant qu'une femme, qui a été légitimement unie à un homme, par le sacrifice de la confarréation (juxta leges sacras), entre, avec lui, en participation des mêmes Dieux et des mêmes biens (participem omnium bonorum et sacrorum.)

L'autre texte est un passage du discours de Cicéron pour Flaccus, dans lequel le mariage par achat, et le mariage par usage, sont seuls mentionnés, comme donnant lieu à la *manus*.

Ce serait trop nous écarter de notre sujet, que de vouloir discuter cette question avec tous les développements qu'elle comporte. Nous nous bornerons à dire que, suivant nous, quelque spécieuses que puissent paraître, au premier abord, les inductions qui se tirent des deux textes cités, elles ne peuvent prévaloir contre un témoignage aussi positif que celui de Servius, qui dit si formellement que trois sortes de mariages faisaient autrefois passer la femme sous la puissance de son mari, à savoir : la confarréation, l'usage et la coemption. Gaïus dit, à peu près dans les mêmes termes, qu'autrefois les femmes tombaient *in manu* de trois manières, par l'usage, la confarréation et l'achat [2].

[1] V. Nougarède, *Hist. des lois sur le mariage*, et M. Granier de Cassagnac, *Hist. de la famille*.

[2] *Comment.*, 1, § 111.

Enfin, Ulpien s'exprime ainsi : « Par la confarréation « (*farreo*), la femme (*uxor*) tombe sous la puissance de « son mari (*convenit in manum*), au moyen de certaines « paroles prononcées en présence de dix témoins, et « d'un sacrifice solennel, dans lequel on fait usage d'un « pain de froment (*panis farreus*) [1]. »

Vouloir douter après de pareilles autorités, c'est, à coup sûr, porter loin le pyrrhonisme de l'histoire. Qu'on ne dise pas qu'au temps de Gaïus et d'Ulpien, les choses avaient pu changer ; nous voyons que Gaïus parle, non pas de ce qui se faisait de son temps, mais de ce qui avait lieu autrefois (*olim*). Certes, Gaïus n'était pas plus ignorant que nous des antiquités du droit romain.

En y réfléchissant, la loi du Code Papyrien ne présente pas une objection bien sérieuse; la femme, qui, comme nous le verrons, occupait, dans la famille de son mari, la position d'une fille, devait participer à ses biens comme les enfants participent aux biens de leur père [2], c'est-à-dire, en jouissant avec lui.

Le mari pouvait faire participer sa femme à ses biens et en rester le maître ; il n'y a rien là d'inconciliable.

Le passage de Cicéron, si on le considère dans son entier, n'est pas plus embarrassant.

Valeria, femme de Sextilius, étant morte sans avoir fait de testament, on reprochait à Flaccus, qui était l'un de ses tuteurs, d'avoir agi comme si la succession lui appartenait.

La question était de savoir si Valeria était en puissance

[1] *Ulpiani fragmenta*, tit. 9 : « *De his qui in manu sunt.* »

[2] « Quemadmodum enim in sacris paternis erant liberi, eaque sacrorum communio, cum patriâ potestate et succedendi, erat conjuncta, ita Dyonisius Halycarn. Uxores confarreatas esse ait participes sacrorum pecuniæque. » (Heineccius, *De Marit. tutor. et curat. uxor.*, leg., cap. 1, exercit. 25, § 14 et 15.)

de mari (*in manu*), parce que, au cas contraire, sa succession pouvait être valablement recueillie par ses tuteurs. Cicéron, pour établir que Valeria n'était pas *in manu*, demande à ses adversaires si elle y est tombée par l'usage ou la coemption, et leur fait observer qu'elle n'a pu y tomber, ni par l'une, ni par l'autre de ces deux voies, parce qu'il aurait fallu, pour cela, le consentement de tous ses tuteurs, et que Flaccus, qui était du nombre, n'avait pas donné le sien.

On voit de suite que Cicéron ne parle pas ici en historien, mais en orateur; qu'il n'avait pas à s'occuper de toutes les manières dont, en général, la *manus* pouvait s'établir, mais seulement de celles qui auraient pu la faire encourir à la femme de Sextilius; or, si, comme beaucoup le pensent [1], le rite de la confarréation n'était en usage que dans les familles sacerdotales, et si Valeria n'appartenait point à une de ces familles, il était vrai de dire qu'elle ne pouvait tomber *in manu* que par l'usage ou la coemption.

Adam, qui a su faire entrer beaucoup de science dans deux petits volumes, cite le passage de Cicéron pour preuve que, de son temps, la confarréation était peu usitée, et ne songe aucunement à en tirer la conséquence que ce rite ne donnât pas lieu à la *manus* [2].

Disons donc, avec Servius, Ulpien et Gaïus, que, par la confarréation comme par la coemption, la femme tombait sous la puissance maritale.

Y tombait-elle aussi par l'usage?

[1] *Voir* les auteurs cités par Heineccius, qui est d'un sentiment contraire. (*Antiq. rom.* L. 1, tit. X, § 3.)

[2] V. *Antiq. rom.*, t. 2, p. 292.

Le mariage par usage ou par prescription, *usu*, doit être considéré comme un annexe du mariage par achat, et il vient confirmer l'idée de propriété, de chose possédée, qui, dans le mariage romain, s'attache si fortement à la condition de la femme.

C'était, en effet, chez les Romains, (comme du reste ce l'est encore parmi nous,) une manière d'acquérir la propriété équivalente à l'achat, que de posséder un objet, sans trouble, pendant un certain temps. Ce que nous appelons prescription, ils l'appelaient *usucapion*.

Suivant la loi des XII Tables, l'usucapion rendait propriétaire d'une chose celui qui l'avait possédée, pendant deux ans, si cette chose était un immeuble, ou pendant un an seulement, si c'était un objet mobilier. Usus. AUCTORITAS. FUNDI. BIENNIUM. ESTO. COETERARUM. RERUM. ANNUS. (L. 12e de la 6e table.) C'est précisément à la suite de la loi que nous venons de citer, et sur une table exclusivement relative aux ventes, aux possessions et aux revendications, qu'on trouve la loi qui porte que lorsqu'une femme, maîtresse d'elle-même, a demeuré pendant un an entier dans la maison d'un homme, sans avoir fait une absence de trois nuits, elle est réputée son épouse. MULIERIS. QUÆ. ANNUM. MATRIMONII. ERGO. APUD. VIRUM. REMANSIT. NI. TRINOCTIUM. AB. EO. USUPPANDI. ERGO. ABESSIT. USUCAPTA. ESTO.

Cette absence de trois nuits, « *trinoctium usurpatio* », comme l'appelait le droit romain, répond au trouble, qui, de nos jours encore, interrompt la prescription. Toute interruption d'usucapion était appelé usurpation par les Romains [1], comme l'usucapion était souvent appelée usage (*usus.*)

Ainsi, la femme romaine est complètement assimilée à

[1] « Usurpatio est usucapionis interruptio. » L. 2, ff. *De Usurp. et usucapt.*

tout autre objet mobilier, quant à la manière dont la propriété peut s'en acquérir par usage ou par usucapion, deux mots synonymes dans le langage du droit romain.

Maintenant, quels étaient les effets du mariage par usage?

Nous avons vu que Servius et Gaïus citent l'usage en même temps que la coemption et la confarréation, comme faisant passer la femme en puissance maritale. Le passage de Cicéron, que nous avons cité plus haut, ne peut, d'ailleurs, laisser aucun doute sur ce point, puisque l'orateur reconnaît que Valeria avait pu tomber par l'usage sous le pouvoir de son mari, si ses tuteurs y avaient donné leur consentement.

C'était donc un effet commun aux trois sortes de rites usités pour le mariage chez les Romains, de faire naître la *manus*, c'est-à-dire de faire passer la femme sous la puissance de son mari, comme une vente fait passer aux mains de l'acheteur l'objet acquis, avec subrogation dans tous les droits du vendeur.

Nous avons déjà parlé de cette subrogation, quant aux droits sur la personne de la femme; il nous reste à en développer les conséquences, quant aux biens qu'elle possédait lors de son mariage ou pouvait acquérir par la suite.

Le jurisconsulte Gaïus, qui vivait sous le règne de Marc-Aurèle, résume par un mot très remarquable toute cette partie de l'ancien droit : *filiæ locum obtinebat* (Comm. 2, § 111); elle devenait comme la fille de son mari; ainsi, sa position ne changeait pas. Ce qu'elle avait été dans la famille de son père, elle l'était encore dans la famille de son mari. On ne pouvait, certes, exprimer d'une manière à la fois plus significative et plus concise, cette substitution qui se faisait du mari dans tous les droits du père.

Dès que la femme est devenue la fille de son mari, elle lui succédera comme une fille succède à son père, comme *sua hœres*. Elle succédera à ses enfants à titre de sœur; et c'est à ce même titre qu'ils viendront à sa succession. Quant à son père, ou son tuteur, elle leur est devenue étrangère, ils n'ont rien à attendre de sa succession, et elle ne leur succédera point; si son mari meurt avant elle, elle ne rentrera pas sous leur puissance, mais elle restera dans sa nouvelle famille, et passera sous la tutelle des agnats de son époux qui sont devenus les siens. Enfin, cette situation de fille de son mari, que lui a faite la loi, devient la règle de tous ses droits, et cela va même si loin, que, comme elle est la sœur de ses enfants, elle est la petite-fille de son beau-père, et que c'est à lui qu'elle appartient si son mari est encore en puissance paternelle [1].

Nous avons dit plus haut que tous les biens acquis par les enfants appartenaient au père; de même, tous les biens que la femme possède lors de sa venue en puissance de mari, tous ceux qu'elle acquiert depuis, à quelque titre que ce soit, sont dévolus de plein droit au chef de famille qui l'adopte, c'est-à-dire au mari, si le mari est maître de ses droits, et au père du mari, si le mari est encore sous la puissance de son père; car le droit de propriété ne peut pas plus résider sur la tête de la femme qui n'est pas *sui juris*, que sur celle du fils, *in potestate* [2].

Telle était la *manus* aux premiers siècles de Rome.

[1] « Uxor quoque, quæ in manu est, sua hœres est quia filiæ loco est. Item nurus, quæ in filii manu est, nam et hæc neptis loco est. Sed ita demum erit sua hœres, si filius, cujus in manu erit, cum pater moritur, in potestate ejus non sit. Idem que dicimus, et de ea quæ in nepotis manu, matrimonii causa, sit, quia pro neptis loco est. » (Gaius, *Comment.* 3, § 3.)

[2] *V.* M. Laboulaye, *Hist. de la Propriété foncière en Occident*, liv. 4, ch. 5, et M. d'Hautuille, *Revue de législation*, t. 7, p. 307.

Ce système n'a qu'un mérite, c'est d'être logique et en parfait accord avec les autres bases du droit, les idées reçues, et tous les faits sociaux contemporains.

Du reste, c'est un régime, sinon d'oppression calculée pour les femmes, au moins de dépendance et d'infériorité telle, qu'on cherche vainement la limite qui sépare leur condition civile d'avec celle de l'esclave. C'est un état qui ne leur offre, ni protection pour leur personne, puisque leur mari devient à la fois leur juge et leur bourreau, ni garantie pour la conservation de leur dot, puisque celui-ci, qui en est seul propriétaire, en peut disposer comme il veut.

Nous allons examiner, dans un second paragraphe, comment le régime dotal a pu naître, au milieu d'un pareil état de choses.

§ II.

DE L'ORIGINE DU RÉGIME DOTAL CHEZ LES ROMAINS.

Entre le régime de la *manus* et le régime dotal, la distance est énorme.

La *manus*, en effet, implique, comme nous l'avons vu, la confusion des biens de la femme dans ceux du mari, et la plus entière disposition du tout donnée à ce dernier.

Ce qui caractérise le régime dotal, au contraire, c'est la séparation toujours permanente des patrimoines de chacun des époux ; c'est la conservation de la fortune de la femme, pendant l'association conjugale, à l'écart de toutes les chances que peut courir celle du mari ; c'est, enfin, l'obligation imposée à celui-ci de rendre, à la dissolution du mariage, l'apport de la femme, tel qu'il l'a reçu au moment de sa célébration.

Comment le régime dotal a-t-il pu succéder à la *manus?* Comment ces fiers quirites se sont-ils laissé imposer un joug qui, de nos jours et avec nos mœurs adoucies, paraît encore pesant aux maris qui le supportent?

C'est là un problème dont l'histoire va nous donner la solution, en nous montrant la conservation des dots intimement liée à l'intérêt de la république, cette loi suprême, cette *ultima ratio* devant laquelle tout, à Rome, pliait et s'effaçait.

Mais cela demande quelques développements.

Denys d'Halicarnasse, au 3e livre de ses Antiquités, rapporte un fait qui nous paraîtrait à peine croyable si nous nous rendions mal compte de ce qu'étaient, dans les premiers siècles de Rome, la puissance des idées religieuses et la crainte des Aruspices :

« Il est certain, dit-il, (je traduis textuellement), que, « pendant les 520 premières années qui suivirent la fon- « dation de Rome, aucun divorce n'eut lieu. Ce fut seule- « ment sous la 137e olympiade [1], M. Pomponius et C. Pa- « pyrius étant consuls, que Sp. Carvilius, qui n'était pas « un homme obscur, forcé par les censeurs à prêter ser- « ment de se séparer de sa femme parce qu'elle était sté- « rile, donna le premier exemple de divorce. A cause de « cela, et quoiqu'il y eût été contraint par la nécessité, « Carvilius fut toujours depuis détesté par le peuple. »

Il est sans doute fort étonnant que ce peuple, à qui ses lois civiles permettaient le divorce [2], soit demeuré plus de cinq siècles sans y avoir recours une seule fois. Cependant, comme le témoignage de Denys d'Halicarnasse est

[1] 233 ans avant Jésus-Christ.

[2] La 5e loi du Code Papyrien, attribuée par Plutarque à Romulus, autorise le divorce pour le cas où la femme a empoisonné ses enfants, fait fabriquer de fausses clefs, ou commis l'adultère.

confirmé par celui de Valère Maxime [1] et d'Aulu-Gelle [2], il faut bien tenir le fait pour constant. D'ailleurs Plutarque, dans ses *Questions romaines*, nous apprend que les cérémonies de la diffarréation étaient lugubres et effrayantes, qu'elles avaient toutes pour objet d'exprimer l'indignation céleste et d'en conjurer les effets. C'était donc une opinion reçue à Rome, que les Dieux voyaient avec colère la dissolution d'un mariage contracté suivant les rites sacrés. D'un autre côté, le droit civil, d'accord en cela avec les mœurs, autorisant l'entretien d'une ou peut-être même de plusieurs concubines [3], concurremment avec l'épouse légitime, et celle-ci étant tenue dans une dépendance qui n'avait pour limites que la volonté du mari, le désir de divorcer devait naître moins souvent.

Il est certain, toutefois, qu'après que Carvilius Ruga qui, comme l'atteste Denys d'Halicarnasse, n'était pas un homme obscur, eut donné, avec l'autorité des censeurs, l'exemple d'un premier divorce, et quelle qu'ait été l'indignation du peuple, causée par cette violation des mœurs et des lois religieuses, ou plutôt, encore, comme le fait observer Montesquieu [4], par cette faible condescendance pour un pouvoir détesté, les divorces devinrent, à Rome, dans les siècles suivants, d'une fréquence extrême. Pour le plus léger motif, on répudiait sa femme. L'épouse de Sulpicius Gallus avait paru sans voile dans la rue, celle de Q. Antitius Verus avait eu une conversation avec une affranchie mal famée, celle de Sempronius Sophus avait été au spectacle à l'insu de son mari: toutes furent répu-

[1] Liv. 2, ch. 4.

[2] Liv. 4, ch. 3.

[3] L. 144, au Digest. « *De verborum signif.* »
Voyez aussi M. Granier de Cassagnac, *Hist. de la famille.*

[4] *Esprit des lois*, liv. 16, chap. 16.

diées [1]. Quand on demandait à Paul Emile pourquoi il répudiait Papyria, si belle et si vertueuse? Il répondait : « Ce soulier n'est-il pas beau, bien fait et neuf? Personne « parmi vous ne sait où il me blesse [2]. »

Enfin, tout le monde connaît ces vers dans lesquels Juvenal se plaint de l'inconstance des Romains de son temps, et de la facilité avec laquelle ils répudiaient leurs femmes dès que l'âge avait terni le premier éclat de leur beauté :

« Tres rugæ subeant et se cutis arida laxet ;
« Fiant obscuri dentes, oculique minores ;
« Collige sarcinulas, dicet libertus ; et exi.
« Jam gravis es nobis, ut sœpe emungeris : exi
« Ocius et propera ; sicco venit altera naso.

Si ces exemples nous montrent de quels frivoles prétextes s'autorisait à Rome l'inconstance des maris, nous voyons, par celui de Carvilius, que les censeurs, loin de combattre un si fâcheux penchant, semblaient le favoriser en ajoutant aux motifs déjà trop fréquents de répudiation suggérés par le relâchement des mœurs, un autre motif puisé dans un intérêt public d'accroissement de population, celui de la stérilité.

Les passions seules trouvèrent leur compte dans cet encouragement donné à la dissolution des liens conjugaux. La république n'y gagna rien, et le dépeuplement, cette grande plaie de toutes les nations guerrières, fit, à Rome, sous la double influence de la guerre étrangère et du déréglement des mœurs, d'inquiétants progrès.

[1] Valère Maxime, liv. 6, ch. 3, § 9, 10 et 11.
[2] Plutarque, sur Paul Emile.
[3] Satire 6.

Loin d'y porter remède, la fréquence des divorces ne pouvait que l'accroître, et voici pourquoi :

Par l'effet de la manus, tous les biens de la femme, et tous ceux que, durant le mariage, elle avait pu acquérir, entraient dans l'avoir du mari, et devenaient sa propriété exclusive ; si le mariage se dissolvait par la mort de celui-ci, la femme, lui succédant à titre de fille, trouvait dans sa succession de quoi fournir une nouvelle dot à un nouvel époux, et pouvait contracter un second mariage ; mais, si c'était une répudiation qui mettait fin à la *manus*, la femme, en quittant le domicile de son mari, n'en emportait rien ; car le mari avait *gagné* la dot, suivant une expression qui s'est long-temps conservée dans le droit ; et comme, d'un autre côté, d'après la loi Voconienne, elle ne succédait pas à ses parents, elle se trouvait réduite au plus complet dénuement [1].

Que de malheureuses femmes, ainsi dépouillées, souffrissent toutes les privations du besoin, c'était ce dont, à Rome, on ne s'inquiétait guère ; les femmes étaient si peu de chose aux yeux des législateurs d'alors ! Mais, n'ayant plus de dots à offrir à la cupidité des hommes, elles ne trouvaient plus à contracter de justes noces, et étaient perdues pour la fécondation de la république. Là, on vit un danger dont les préteurs s'émurent, et qui donna naissance à cette maxime fameuse que, sans la comprendre, on cite encore de nos jours : *Il importe à la république de conserver la dot des femmes, afin qu'elles puissent se remarier*. « REIPUBLICÆ

[1] Voyez Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 26, ch. 6.

Il résulte d'un passage d'Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, liv. 17 : ch. 6), que ce fut M. Caton, le censeur, qui fit rendre la loi Voconienne. Or, M. Caton naquit 233 ans avant Jésus-Christ, c'est-à-dire précisément l'année du divorce de Carvilius. Cette indication nous donne à peu près la date de la loi Voconienne, qui ne fut abrogée que par Constantin.

INTEREST DOTES MULIERUM SALVAS HABERE PROPTER QUAS NUBERE POSSUNT[1]. »

Cette maxime mérite qu'on lui donne une grande attention, car elle est le fondement du régime dotal.

Pomponius l'a commentée ainsi :

« La cause de la dot est toujours et partout préférée « à toute autre ; car il est de l'intérêt public de conserver « aux femmes leurs dots, d'autant qu'il est absolument « nécessaire qu'elles en aient pour pouvoir donner des « enfants à l'État, et repeupler la république. *Dotium causa* « *semper et ubique perpetua est, nam et reipublicæ interest* « *dotes mulierum conservari, cum dotatas esse fœminas ad* « *sabolem procreandam, replendamque liberis civitatem* « *maxime sit necessarium*[2]. »

C'est à la suite de ces paroles de Pomponius que, dans le Digeste de Justinien, se trouvent ces autres paroles d'Ulpien : « *Soluto matrimonio, solvi mulieri dos debet.* » Lors de la dissolution du mariage, la dot doit être rendue à la femme.

Ces textes font voir l'enchaînement des idées.

La république dépeuplée demande aux mariages la fécondation de son territoire ; mais l'avarice des Romains n'accepte pour épouses que les femmes richement dotées. il importe donc à la république de conserver la dot des femmes, afin que, si elle deviennent veuves, elles puissent convoler à de secondes noces, et fournir ainsi à l'État de nouveaux rejetons.

Dans nos sociétés modernes, où la terre, divisée jusqu'à

[1] L. 2, ff. *De Jure dotium.* — Des premiers mots de cette loi romaine, nos jurisconsultes ont fait une maxime à l'usage de toutes les causes dans lesquelles il s'agit de la dot d'une femme. Mais, parmi ceux qui en font usage, il en serait peut-être fort peu qui pourraient citer la loi tout entière, et dire en quoi la conservation des dots peut intéresser l'état.

[2] L. 1er, ff. *Soluto matrim. quomodo dos pet.*

l'infini, ne suffit plus à nourrir ceux qui la cultivent, où les arts de la paix sont en honneur, où l'armée n'est qu'un corps dans l'État, et la guerre qu'un accident, où les femmes sont aimées avec un sentiment jaloux qui, même hors du mariage, produit des liaisons durables, et où tous les enfants, quelle que soit l'irrégularité de leur naissance, prennent place comme citoyens dans l'État, nous comprenons peu ce besoin d'accroissement de population qui s'est fait sentir chez tous les anciens peuples. C'est pourtant là un fait qu'il est impossible de méconnaître, et dont l'histoire de toutes les législations primitives nous fournirait au besoin de nombreux témoignages.

Chez les Hébreux, par exemple, à vingt ans il fallait prendre femme, et ceux-là même qui demeuraient veufs avec des enfants, n'étaient pas dispensés de se remarier, si leur âge et leur santé leur permettait d'en avoir encore. « Celui qui ajoute une ame au peuple d'Israël, bâtit pour « ainsi dire le monde », disait un proverbe [1].

Les Perses accordaient toujours des récompenses aux pères et mères qui enrichissaient l'État par une prospérité nombreuse. Nous en trouvons plusieurs exemples dans Strabon, Hérodote et Nicolas de Damas.

La même chose se pratiquait chez les Grecs, où le besoin d'augmenter la population allait jusqu'à faire donner des encouragements au concubinage.

Enfin, les Lacédémoniens avaient une loi qui exemptait de toutes charges et impositions publiques ceux qui avaient plus de quatre enfants [2].

[1] Quand, dans sa vieillesse, Elisabeth devient mère, elle s'écrie: *Ita mihi fecit Dominus, hoc tempore quo ad me respexit, ad tollendam ignominiam meam inter homines.* (Liv. 1, 25.) La stérilité était une ignominie !

[2] Voyez Terrasson, sur la 32e loi du Code Papyrien et Heineccius ad leg. *Papiam Poppæam*, lib. 1, cap. 2.

Ainsi, encourager l'accroissement de la population semble avoir été la pensée dominante de tous les anciens législateurs, et avoir constitué la principale base de leur économie politique.

Chez les Romains, il en a toujours été de même, et, dès le règne de Tullus Hostilius, une loi, insérée depuis au Code Papyrien, autorisait ceux qui avaient trois enfants mâles, vivant en même temps, à les faire élever aux dépens de la république, jusqu'à ce qu'ils eussent atteint l'âge de puberté. Loi fort sage pour le but qu'on se proposait, car c'est ordinairement par la crainte de ne les pouvoir élever facilement, que les gens mariés évitent d'avoir beaucoup d'enfants.

Lors de la guerre contre Porsenna, tous les citoyens qui avaient des enfants à élever furent dispensés d'y contribuer, soit de leurs personnes, soit de leurs biens ; enfin, Cicéron [1] et Aulu Gelle [2] nous apprennent qu'une des principales fonctions des censeurs consistait à poursuivre les célibataires et à adresser cette interpellation à tous les citoyens : *Ex amini tui sententiâ, tu uxorem habes ?*

Nous verrons, plus tard, d'autres encouragements accordés par les lois à la fécondité. Mais déjà nous en avons dit assez pour indiquer sous l'influence de quelles circonstances et de quels principes le régime dotal s'est établi dans la législation romaine, et y a développé ses conséquences.

Si, maintenant, nous comparons la chronologie de la jurisprudence avec celle de l'histoire, nous pourrons remarquer que ce fut surtout à des époques où la république épuisée sentait plus impérieusement le besoin d'un accroissement de population, que de nouveaux moyens de pro-

[1] *De Orat.*, lib. 2, cap. 259.

[2] Lib. 10, cap. 20.

tection et de nouvelles garanties étaient données par les lois à la conservation des dots.

Le premier pas fait dans cette voie a suivi de fort près le divorce de Carvilius Ruga.

C'était l'époque où Rome, maîtresse de l'Italie après les guerres Samnite et Tarentine, venait d'engager avec Carthage cette lutte sanglante qui lui a coûté tant de ses citoyens, tous alors soldats.

Un certain Servius Sulpicius, à ce que nous apprend Aulu-Gelle, publia sur les dots un livre que nous n'avons plus, et dans lequel il démontra la nécessité d'obliger les maris à rendre à leurs femmes, quand ils les répudiaient, les biens qu'elles leur avaient apportés.

Ce fut, comme nous l'apprend encore Aulu-Gelle, à l'époque et à l'occasion du divorce de Carvilius, que ce livre fut écrit [1], et nous voyons effectivement les préteurs donner des actions pour qu'en cas de divorce, les femmes puissent revendiquer leur dot, si elles jouissent de leurs droits, ou que leur père puissent les revendiquer pour elles, si elles sont encore sous puissance paternelle [2].

[1] Ce passage d'Aulu-Gelle est assez important, pour que nous le fassions connaître dans son entier:

« *Memoriæ traditum est, quingentis fere annis post Romam* « *conditam, nullas rei uxoriæ neque actiones neque cautiones, in* « *urbe Roma, aut in Latio fuisse : quia profecto nihil desirabantur,* « *nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sul-* « *picius, in libro quem composuit de dotibus, tum primum cau-* « *tiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit; cum Sp. Carvi-* « *lius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum* « *uxore fecit, quia liberi ex eâ, corporis vitio, non gignerentur.* » — Lib. 4, cap. 9.

[2] « Divortio facto si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet actionem rei uxoriæ, id est dotis repetitionem, quod, si in potestate patris sit, pater adjuncta filiæ persona habet actionem (revera) : nec interest adventitia sit dos aut profectitia. » Ulpian. regul., tit. 6: *De Dotibus*, § 6.

Ces actions (*actiones rei uxoriæ*) ne sont pas encore le régime dotal tel que nous le comprenons dans notre droit français ; car, chez nous, le mari est aussi bien tenu, sous le régime de la communauté, que sous le régime dotal, de rendre, lors de la dissolution du mariage, la dot à la femme (ou à ses héritiers) ; toute la différence consiste en ce que, s'il n'y a pas communauté, il rendra la dot telle qu'elle lui aura été apportée, sans diminution ni augmentation.

Mais si, parmi nous, où la femme est considérée comme l'égale, la compagne, l'associée du mari, l'union des personnes semble appeler la confusion et la communauté des biens, à Rome, au contraire, pour peu qu'on se rende compte de l'état de la société et des mœurs, on comprendra aisément que le régime dotal était seul admissible.

En effet, le long usage de la *manus* avait habitué les femmes à un tel état de dépendance et d'infériorité, qu'elles ne pouvaient avoir aucune part à l'administration des biens communs.

Reléguées avec les esclaves, dans l'*atrium* de leurs demeures, occupées comme elles, et quelle que soit d'ailleurs la condition de leurs époux, à filer la laine [1] et aux soins les plus vils du ménage, vivant tout-à-fait en dehors des habitudes et des occupations de leurs maris, il est certain qu'elles n'avaient même pas sur eux l'autorité du conseil, ni cette douce et si puissante influence que la

[1] On sait que filer la laine était l'occupation des dames romaines les plus riches et les plus nobles. Le fuseau, entouré de laine, jouait un rôle symbolique dans les cérémonies du mariage. Quand Sextus et Collatus vinrent à l'improviste surprendre Lucrèce, ils la trouvèrent filant de la laine au milieu de ses femmes. (Tit. Liv., 1, p. 7; Ovide, *Fastes*, 11, 741.) Auguste ne portait jamais que des vêtements tissés par sa femme et par ses filles.

confiance, la tendresse et l'affection leur donnent parmi nous. [1]

[1] Si l'on veut, par un seul exemple, se former une juste idée de ce qu'était, aux plus beaux temps de la république romaine, la condition des femmes, il faut lire ce que Plutarque nous raconte de la manière dont le sage et vertueux Caton d'Utique disposa de la sienne en faveur de son ami Hortensius. Ce trait nous paraît si caractéristique de la manière dont les femmes étaient encore considérées dans les derniers temps de la république, et le style du traducteur Amyot lui prête, d'ailleurs, tant de charmes, que nous n'hésitons pas à le reproduire en entier :

« Entre plusieurs qui aimoyent et admiroyent les vertus de « Caton, il y en avoit qui le monstroyent et le découvroyent les « uns plus que les autres, comme Quintus Hortensius, personnage « de grande autorité et homme de bien, lequel désirant estre, « non seulement amy privé et familier de Caton, ains aussi son « allié, en quelque sorte que ce fust, et joindre, par quelque affinité, « toute la maison de lui à la sienne, tascha de lui persuader qu'il « lui baillast, en mariage, sa fille Porcia, laquelle étoit ja mariée à « Bibulus, et lui avoit ja fait deux enfants, pour y semer aussi, ne « plus ne moins qu'en une terre fertile, de sa semence, et en avoir « de la race, lui remonstrant que cela sembloit bien un peu estrange « de prime face quant à l'opinion des hommes; mais, quant à la « nature, qu'il étoit honneste et utile *à la chose publique* qu'une « belle et honneste jeune femme, en la fleur de son aage, ne demourast « point oiseuse, laissant esteindre son aptitude naturelle à conce- « voir, ny, aussi, ne faschat ni n'appauvrît point son mary en lui « portant plus d'enfants qu'il n'en auroit de besoing, et que, en « communiquant ainsi les uns aux autres les femmes idoines à la « génération, à gens de bien, et gens qui en fussent dignes, la « vertu vint à se multiplier davantage, et à s'espandre en diverses « familles, et la ville, conséquemment, à s'en mesler, unir et incor- « porer en soy mesme davantage par alliance; mais si, d'aventure, « Bibulus aimoit tant sa femme qu'il ne la voulust point quitter « entièrement, il la lui rendroit incontinent après qu'elle lui au- « roit fait un enfant, et qu'il se seroit conjoint par un plus étroit « lien d'amitié, moyennant ceste communication d'enfans, avec « Bibulus mesme et avec luy.

« Caton fit response qu'il aimoit bien Hortensius, et auroit bien « aggréable son alliance, mais qu'il trouvoit estrange qu'il lui

Plus on étudie la vie privée des Romains, plus on demeure convaincu que, chez eux, le mariage n'était véritablement qu'un moyen de donner des citoyens à l'État, des défenseurs à la patrie. Ce sentiment jaloux et exclusif qui, parmi nous, fait d'une femme une compagne pour la vie entière, n'était pas connu chez eux. Vivant toujours au dehors, dans les rues et sur les places publiques, ne se

« parlast de lui bailler sa fille pour en engendrer des enfans, veu
« qu'il savoit bien qu'elle étoit mariée à un autre. Adonc, Horten-
« sius, tournant le propos, ne faignit point de lui descouvrir son
« affection, et lui demander sa femme, laquelle étoit encore assez
« jeune pour porter des enfans, et Caton en avoit déjà suffisam-
« ment : et si ne sçauroit-on dire que Hortensius feist cette pour-
« suite, à cause qu'il s'apperceust que Caton ne feist compte de
« Marcia, car elle étoit lors enceinte de luy : mais tant y a que,
« voyant le grand désir et la grande affection que Hortensius en
« avoit, il ne la luy refusa point. Ains lui répondit qu'il falloit,
« donc, que Philippus, père de Marcia, en fust aussi content, lequel
« entendant que Caton s'y consentoit, ne voulut point néanmoins
« lui accorder sa fille que Caton lui-mesme ne fust present au
« contract et stipulant avec lui... Plus tard... Caton, ayant sa maison
« et ses filles besoing de quelqu'un qui les gouvernast, reprit en-
« core Marcia, qui, lors, étoit veuve, et avoit beaucoup de biens,
« pour ce que Hortensius, venant à mourir, l'avoit instituée son
« héritière. »

On voit qu'une seule chose a frappé Plutarque, dans cette surprenante histoire, c'est que la vertu de Caton et sa renommée aient été assez éclatantes pour avoir inspiré à Hortensius le désir de mêler son sang avec le sien. Du reste, il paraît trouver tout simple que Caton dispose ainsi de sa femme, sans même l'avoir consultée et avoir obtenu son assentiment.

Pour nous, rien ne nous paraît mieux caractériser la différence des mœurs entre cette époque et la nôtre, que ce prêt d'une femme, ainsi consenti, en arrière d'elle, par son père et son mari, vertueux tous deux, mus tous deux par les intentions les plus pures et les plus droites, jaloux seulement de ne pas contrarier un homme de bien, qui voulait *avoir de la race des Caton,* et de ne pas *laisser oiseuse une belle et honneste jeune femme, en la fleur de son aage.*

distrayant du soin des affaires et des discussions du Forum que par ces honteuses orgies dont Juvénal et Pétrone nous ont transmis le souvenir, et où les femmes n'apparaissent qu'en qualité de prostituées, ou bien, comme l'épouse de Trimalcion, pour recevoir les outrages de leurs maris, et être témoins de leurs débauches [1], ayant, d'ailleurs, leurs maisons peuplées d'esclaves et d'affranchies toujours prêtes à recevoir leurs caresses et à leur offrir des plaisirs qu'une étrange dépravation, commune du reste à toute l'antiquité, leur fesait le plus souvent chercher dans des liaisons hors nature; ils ne pouvaient connaître ces joies intimes du foyer domestique, ces relations d'estime, de confiance et d'amour où les grâces de son sexe donnent à la femme qui conseille et qui prie, souvent plus d'autorité qu'au mari qui décide et ordonne. Pour eux, la femme ne pouvait jamais être une associée. C'était un être fort subalterne, complètement étranger aux affaires, aux plaisirs, et ordinairement aux affections du mari, mais utile pour perpétuer sa race et peupler la république, que le père de famille accueillait, et que la loi protégeait à cette seule intention.

Tout le monde comprendra que, dans un pareil état de

[1] Dans un festin, que Pétrone suppose donné par un nommé Trimalcion, et dont il décrit minutieusement tous les détails, Fortunata, l'épouse de ce Trimalcion, ne se montre qu'à la fin du repas, parce qu'elle s'est occupée à ranger l'argenterie, et à partager les restes entre les valets. Trimalcion, qui est ivre, fait des legs à tous ses domestiques, puis à sa femme, qu'il confond avec eux dans ce même mot, famille (*familia*). Quelque temps après, entre un jeune garçon, auquel Trimalcion prodigue les caresses les plus passionnées; Fortunata, jalouse, adresse des reproches à son mari, qui lui jette une coupe au visage et l'accable d'injures, sans que personne songe à prendre sa défense, ni que Pétrone, lui-même, paraisse blâmer la conduite de son héros.

Tout cela est bien dégoûtant; mais, en même temps, c'est bien significatif.

choses, le régime dotal fût seul praticable, et que la femme, qui n'avait aucune part aux affaires du mari, ne dût ni profiter ni souffrir de ses bonnes ou mauvaises fortunes.

Il fallait que la loi veillât pour elle à la conservation de sa dot ; il fallait qu'elle empêchât le mari d'y porter atteinte, afin qu'après avoir servi à celui-ci, durant le mariage, à en soutenir les charges, elle pût être du même secours à ceux qui viendraient, après lui, féconder la femme pour l'avantage de la République [1].

Les moyens pris par la loi pour atteindre ce but furent :

1° La défense faite au mari de rendre la dot à la femme pendant le mariage ;

2° La défense faite à la femme de s'obliger pour son mari ;

3° L'inaliénabilité et l'imprescripbilité du fonds dotal ;

4° Enfin, l'hypothèque légale.

Disons quelques mots de chacune de ces mesures, dont l'ensemble a constitué le régime dotal.

Plusieurs auteurs n'ont voulu voir, dans la défense de restituer la dot, qu'une conséquence des dispositions qui, dans le droit romain, interdisaient, d'une manière absolue, les avantages entre époux.

Il est certain que la dot, étant devenue la propriété du mari, la rendre à la femme, durant le mariage, c'eût été lui faire une sorte de donation ; mais, en y regardant de plus près, on trouve bien des différences entre les deux prohibitions. Ainsi, la donation entre époux était validée par le prédécès du mari, mort en persistant dans la même volonté ; la restitution anticipée de la dot ne l'était ja-

[1] Chez les Romains, et à cette époque, dit Montesquieu, c'étai la destinée des femmes de passer successivement dans les mains de plusieurs maris, qui en tiraient, chemin faisant, le meilleur parti possible. (*Lettres persanes*, 116.)

mais [1]. Ainsi, il y avait lieu à répétition des fruits et intérêts de la dot restituée avant le temps [2], tandis que les choses données par un époux à l'autre ne pouvaient être répétées. Ainsi, encore, la prohibition de restituer la dot souffrait des exceptions que ne connaissait point la prohibition générale des donations entre époux [3], et ces exceptions sont faites, précisément, pour le cas où l'usage que la femme fera de sa dot sera pour elle d'une si grande utilité, qu'on ne pourra la considérer comme perdue. « *Manente matrimonio*, disait Paul, NON PERDITURA *uxori dos reddi potest, ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut, in exilium, vel insulam relegato, parenti præstet alimonia; aut ut egentem virum, fratrem, sororemve sustineat.* » [4]

Ainsi, la prohibition de restituer la dot avait, dans le droit romain, un motif tout spécial, qui ne s'appliquait pas à la prohibition générale des avantages entre époux, et qui, comme nous l'avons dit, consistait dans la crainte que la dot rendue intempestivement à la femme ne fût dissipée par elle.

Mais, sans avoir pendant le mariage la disposition actuelle de sa dot, la femme aurait pu contracter, sous l'influence et au profit de son mari, des obligations pour l'exécution desquelles elle se serait trouvée engagée, au moment de la dissolution du mariage.

[1] L. 1, § 3, ff. *De dote prælegata.*

[2] L. unic. Cod. *Si const. matrim.*

[3] V. l'art. de M. d'Hautuille, *Revue de Législation*, t. 7, p. 323.

[4] Dans notre Droit, où la femme ne cesse pas d'être considérée comme propriétaire de sa dot, il n'était pas besoin de défendre au mari de lui rendre ce qu'elle ne lui avait pas donné.

La conservation du fonds dotal n'est assurée chez nous, que par son inaliénabilité durant le mariage, et cette inaliénabilité souffre, à peu près, les mêmes exceptions que souffrait la défense de restituer la dot, chez les Romains. (V. l'art. 1558 du Code civil.)

Un fragment d'Ulpien, qui forme la loi 2 au Digeste : « *Ad senat. velleianum* », nous apprend qu'il y eut d'abord un édit porté par Auguste, suivi d'un autre porté par l'empereur Claude, qui défendaient aux femmes de s'obliger pour leurs maris, et qu'ensuite on fit un senatus-consulte, par l'effet duquel elles se trouvèrent mises parfaitement à l'abri contre ces sortes d'obligations.

Ce sénatus-consulte est devenu trop célèbre, dans le droit, sous le nom de *sénatus-consulte Velléien*, pour que nous ayons besoin d'en occuper long-temps nos lecteurs. On sait qu'il proscrivait, d'une manière absolue, les obligations contractées par les femmes, soit pour leurs maris, soit pour tous autres ; qu'il leur interdisait, non seulement de contracter des dettes, mais de cautionner celles contractées par d'autres ; qu'elles ne pouvaient non plus céder les priviléges ou les hypothèques de leur dot, ni renoncer aux actions que la loi leur donnait pour se la faire restituer [1].

C'en était assez pour assurer aux femmes la conservation de leur créance dotale. Comme leur dot n'avait pu leur être restituée pendant le mariage; comme, d'un autre côté, elles n'avaient pu consentir d'obligations qui permissent, soit au mari de la retenir, soit à des tiers de s'en emparer pour se payer, sur elle, des dettes contractées envers eux, elles se trouvaient toujours, lors de la dissolution du mariage, qu'elle eût pour cause le divorce ou le prédécès du mari, dans toute la plénitude de leurs droits pour en réclamer la restitution, soit de leur mari, soit de ses héritiers.

Mais ce n'est pas tout que d'avoir une créance, il faut pouvoir l'exercer ; et, si le mari avait vendu le fonds dotal, s'il en avait dissipé le prix, s'il était devenu insolvable,

[1] Digest., lib. 16, tit. 1 : *Ad senat. cons. Velleian.*

les droits de la femme devenaient illusoires. Elle perdait sa dot.

Pour prévenir ce danger, il ne restait au législateur romain d'autre moyen que celui de rendre la dot inaliénable dans les mains du mari.

La loi Julia, promulguée sous Auguste, déclara que les fonds dotaux, situés en Italie, ne pourraient, durant le mariage, être vendus sans le consentement de la femme. ni hypothéqués, même avec ce consentement; et Justinien, effaçant ces distinctions entre la vente et l'hypothèque, les fonds italiques et les fonds des provinces, décida, d'une manière absolue, que le bien dotal, en quelque lieu qu'il fût situé, ne pourrait jamais être vendu ni hypothéqué pendant le mariage, même avec la permission de la femme.

Alors, si, malgré cette défense, le mari avait vendu les immeubles dotaux, la femme pouvait faire révoquer les aliénations, et reprendre son bien, en quelques mains qu'il fût passé.

Mais tout n'était pas encore prévu, car si la dot, induement aliénée, consistait en capitaux ou en mobilier, la femme ne pouvait pas toujours la retrouver.

Justinien lui donna, pour ce cas, une hypothèque légale sur les biens propres à son mari, au moyen de laquelle elle pouvait les faire vendre, et toucher, sur leur prix, de préférence à tous autres créanciers, l'équivalent de sa dot.

Une fois ce dernier pas fait, le régime dotal se trouva constitué avec tous les caractères qui le distinguent encore dans notre droit; car alors, comme aujourd'hui, la femme était assurée de retrouver sa dot tout entière, entre les mains de son mari, lorsque le mariage viendrait à se dissoudre.

L'inaliénabilité de la dot, et, par inaliénabilité, j'entends la défense de l'hypothéquer aussi bien que celle de la vendre, étant, chez nous, le principal caractère du

régime dotal, et ce en quoi ce régime diffère surtout de celui de la communauté, nous devons faire connaître, avec quelques détails, de quelle manière elle s'établit dans la législation romaine.

§ III.

INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL CHEZ LES ROMAINS.

Jamais la cité romaine ne s'était trouvée encore aussi dépeuplée qu'elle le fut sous les règnes de César et d'Auguste.

Les discordes civiles, les proscriptions, les triumvirats, l'avaient plus affaiblie qu'aucune guerre qu'elle eût encore faite.

Il restait peu de citoyens, dit Montesquieu, et la plupart n'étaient pas mariés [1].

Il faut dire aussi que, jamais, plus de causes n'avaient concouru à éloigner les citoyens du mariage.

Pour des hommes étrangers aux tendres émotions de la paternité et de la vie de famille, qui ne cherchaient dans l'union des sexes que le plaisir des sens, et regardaient les femmes comme indignes d'un amour véritable [2], le mariage n'offrait que des embarras sans compensation, tandis que le célibat, qui permettait de disposer, en mourant, de sa fortune entière, se voyait entouré de prévenances et d'égards, sans doute intéressés, mais fort profitables

[1] *Esprit des Lois*, liv. 23, ch. 21.

[2] « L'union légitime de l'homme avec la femme, comme étant nécessaire à la génération, est, à bon droit, louée par les législateurs, qui en disent bien devant le commun populaire; mais, quant au vrai amour, les femmes n'y ont aucune part. » Plutarque, *Traité de l'Amour*.

dans ces temps de cupidité et d'ambition[1]. D'un autre côté, les femmes, traitées en esclaves, avaient pris des mœurs d'esclaves. Sans attachement pour des maris qui les méprisaient, sans intérêt pour l'avenir d'une famille dont elles pouvaient être chassées d'un moment à l'autre, et qu'elles-mêmes pouvaient quitter quand bon leur semblait[2], vivant au jour le jour, gaspillant la fortune de leurs époux dans les frivolités d'un luxe désordonné, se livrant, sans prudence et sans frein, à des débauches de toutes sortes[3], combien ces Romains, si avares, si soupçonneux, si jaloux de leur indépendance, et si emportés dans leurs plaisirs, ne devaient-ils pas redouter de s'unir à elles par les liens toujours sérieux du mariage?

Aussi, le censeur Métellus Numidius, dans une harangue qu'il faisait au peuple, en faveur du mariage, ne trouvait-il rien de mieux à dire que ceci : « S'il était possible de « n'avoir point de femmes, nous nous délivrerions de ce « mal; mais, comme la nature a établi qu'on ne peut « guère vivre heureux avec elles, ni subsister sans elles, « il faut avoir plus d'égards à notre conservation qu'à des « satisfactions passagères[4]. »

Vaine et stérile recommandation ; car, par la considération de l'intérêt public, on exposera bien sa vie ; mais

[1] « Satis prætii est orbis, quod multâ securitate, nullis oneribus, gratiam, honores, cuncta prompta et ocia habent. » (Tacite, lib. 15, § 19.

[2] Dans les derniers temps de la république, les femmes pouvaient, à Rome, répudier leur mari, comme les maris pouvaient répudier leur femme. Nous en trouvons un exemple dans une lettre de Cicéron à Atticus : Decimus Brutus, écrit Cicéron, a reçu le libelle de sa répudiation le soir même de son retour de l'Asie.

[3] V. Heineccius. ad leg. pap. popp., l. 1, cap. 2, § 12.

[4] Aulu Gelle, liv. 1er, ch. 6.

on ne prendra pas une femme et on n'élèvera pas des enfants.

Jules César, parvenu à la dictature, et effrayé du petit nombre des citoyens dont il venait de faire le récensement, crut que, pour encourager au mariage, il suffirait de remettre en vigueur les anciennes lois, et d'accorder des récompenses à la fécondité.

Ces mesures n'arrêtèrent pas les progrès du mal, et. lorsqu'Auguste se fut emparé de la puissance souveraine, son premier soin fut d'imposer de nouvelles peines à ceux qui n'étaient point mariés, et d'augmenter les récompenses de ceux qui l'étaient, de ceux, surtout, qui avaient des enfants[1]. Mais les lois sont souvent impuissantes à réformer les mœurs, et les chevaliers romains, ne trouvant qu'une gêne dans celles dont nous venons de parler, en demandèrent à grands cris la révocation. Pour mettre fin à leurs clameurs, Auguste se rendit un jour au milieu d'eux, et, ayant fait mettre d'un côté ceux qui étaient mariés, et de l'autre ceux qui ne l'étaient pas, le nombre de ces derniers se trouva être si nombreux, que tous s'en étonnèrent et se trouvèrent confondus. Alors, Auguste, avec la gravité des anciens censeurs, fit une longue harangue[2], après quoi il rendit ces lois fameuses, appelées de son nom, lois Juliennes, et des noms des consuls de cette année-là, lois Papiennes Poppéennes, qui, suivant Montesquieu, forment, à elles seules, la plus belle partie des lois civiles des Romains[3], et qui, cependant, manquèrent leur but, parce qu'en opprimant les citoyens, elles ne changèrent pas les mœurs.

[1] Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 23, ch. 21.

[2] Cette harangue est rapportée par Dion, lib. 26.

[3] Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 23, ch. 21.

A une époque où on faisait de l'érudition pour le seul plaisir d'en faire, on s'est beaucoup inquiété de savoir quelle place occupait, parmi ces lois Juliennes et Poppéennes, la loi Julia *de Adulteriis* et *de Fundo dotali*, qui prohibait l'aliénation du fonds dotal.

Ce qui est certain, c'est que cette dernière loi a été rendue par Auguste, ainsi qu'Ulpien nous l'apprend au 48e livre du Digeste (l. 1er, tit. 5); et il suffit de la rapprocher des autres lois Juliennes, pour reconnaître entre elles communauté de but et d'origine.

En effet, d'après les lois Juliennes, les pères étaient obligés de doter leurs filles, et les femmes veuves ou divorcées étaient forcées de se remarier.

Quand donc un père, contraint par le prêteur, avait fourni une dot à sa fille, il fallait bien que cette dot servît à tous les maris qu'elle pouvait être successivement obligée d'épouser. De là la nécessité de conserver la dot, et, pour la conserver, de la rendre inaliénable.

Mais, à force de vouloir favoriser les mariages, les lois Juliennes dépassèrent le but, et devinrent odieuses aux Romains.

Auguste, voyant la république épuisée d'argent, en même temps que de citoyens, et voulant remplir à la fois les coffres de l'œrarium et les tables censitaires, inventa des fiscalités nouvelles pour punir les infractions à ces lois, de façon que le dégoût que l'on avait déjà pour une chose qui paraissait accablante, fût augmenté par celui de se voir continuellement en proie à l'avidité du fisc.

Enfin, les empereurs, qui, d'ailleurs, eurent quelquefois à souffrir personnellement des entraves de ces lois[1], furent obligés de les adoucir.

[1] Tibère étant vieux et voulant épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, fut obligé de faire adoucir le chef de la loi Papia Poppæa, qui défendait le mariage entre hommes sexagé-

Tibère[1], Trajan[2], Sevère[3], y apportèrent successivement des modifications, et, sous l'empire des idées chrétiennes, Constantin les abolit presqu'en touts points[4]. Enfin, Justinien leur porta le dernier coup, en déclarant valables tous les mariages qu'elles avaient défendus[5].

Il semble que la loi Julia *De fundo dotali*, qui se liait si intimement à tout ce système de législation, aurait dû périr avec lui.

En effet, sous les empereurs chrétiens, le célibat, depuis si long-temps poursuivi par les amendes des censeurs et par les pénalités des lois Juliennes, était exalté comme une union plus sainte que le mariage, comme l'union la plus intime de l'ame à Dieu[6].

Les secondes noces n'étaient plus considérées que comme une incontinence licite, et, loin d'être obligatoires comme autrefois, elles étaient à peine tolérées. Le législateur du Bas-Empire, Justinien, les regarde même comme funestes[7],

naires et femmes quinquagénaires, et de faire rendre un sénatus-consulte pour autoriser le mariage des oncles avec leurs nièces. Avant d'épouser la comédienne Théodora, Justinien fut également obligé de faire abroger le chapitre de la loi Papia Poppæa, qui défendait de prendre pour épouses les femmes qui étaient montées sur le théâtre (Terrasson, *Hist. de la Jurisp. romaine*, p. 246 et 295.)

[1] V. Tacite, *Annales*, liv. 3, p. 117.

[2] Pline, *Panégyr.*, 36.

[3] Tertulien, *Apologet.*, ch. 4.

[4] L. 1, C. *De infirm. pœnis cœlibatus*:

[5] L. 27, c. *De Nuptiis*.

[6] « Aliud est, *s'écriait Tertulien*, si et apud Christum, legibus Juliis, agi credunt et existimant cœlibes et orbos, ex testamento Dei, solidum non posse capere. » *De Monogamia*, p. 583.

[7] « Matre jam secundis nuptiis funestatâ. » L. 3, § 1er, cod. *De secund. Nupt.*

et, dans plusieurs de ses Novelles, il accorde des avantages aux veuves qui ne se remarient point[1].

Et cependant, loin d'abolir la loi Julia *De fundo dotali*, qui n'avait été faite qu'en vue des seconds mariages, il lui donne une consécration et une extension nouvelles.

Ainsi, la prohibition d'aliéner ne concernait que les biens dotaux situés en Italie; il l'étend aux biens situés dans les provinces. La vente était permise avec le consentement de la femme; il la défend même avec ce consentement[2], différence capitale, et qui seule sépare, dans notre droit, le régime dotal du régime de la communauté; car, aux termes de l'art. 1428 du Code civil, les biens personnels de la femme mariée en communauté, ne peuvent être vendus sans son consentement.

Pour comprendre la raison de cette anomalie, il faut se rendre compte de la lutte qui existait encore au temps de Justinien, entre les souvenirs de l'ancien droit et les principes de la société nouvelle fondée par le christianisme.

En associant la femme aux mêmes devoirs, en l'appelant aux mêmes destinées que l'homme, le Christianisme l'avait élevée à la même dignité et l'avait constituée son égale.

Considéré de ce point de vue, l'ancien droit qui reposait,

[1] V. notamment nov. 118, cap. 5, et nov. 127, cap. 3.

[2] « Dotale prædium maritus, invita muliere, per legem Juliam « prohibetur alienare, quamvis ipsius sit dotis causâ ei datum. « Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum de- « duximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum « habebat quæ Italicæ fuerant, et alienationes inhibebat quæ, invita « muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum, etiam volente « eâ, utrique remedium imposuimus, ut, etiam in eas res, quæ « in provinciale solo positæ sunt, interdicta sit alienatio vel obli- « gatio. » Institut., lib. 2, tit. 8 : *Quibus alienare licet.*

V. aussi L. unic., C. *De rei uxoriæ actione*, lib. 5, tit. 13.

quant au mariage et à la puissance du mari, sur des principes tout opposés, ne pouvait plus être compris.

Mais, sans le comprendre, souvent on le suivait encore, et c'est ainsi que Justinien, trouvant la dotalité établie, et voulant, sous l'influence des idées chrétiennes, améliorer la condition des femmes, ne crut pouvoir mieux faire en leur faveur, que de renforcer ce régime qui, s'il n'avait pas été originairement créé dans leur intérêt, leur offrait cependant un incontestable moyen de protection.

Voilà ce qui, selon nous, explique l'extension donnée par cet empereur aux dispositions de la loi Julia, sur l'inaliénabilité du fonds dotal.

Sans doute, pour placer les femmes au rang qu'elles étaient appelées à remplir dans la société nouvelle, il pouvait bien y avoir quelque chose de mieux à faire que d'entraver ainsi la circulation de leurs biens, et de paralyser leur dot dans les mains de leurs maris, les époux s'unissant l'un à l'autre par des liens qui, sous la consécration religieuse, tendaient à devenir indissolubles, devant vivre de la même vie et être deux dans la même chair, suivant la belle expression de l'Évangile [1], ne semble-t-il pas que l'union des personnes demandait l'union des biens, et qu'en associant leurs destinées, on devait associer leurs fortunes?

Mais, nous le répétons, au temps de Justinien, les principes de cet ancien droit civil, dont les applications semblaient déjà si absurdes et si barbares, ne laissaient pas que d'exercer encore une grande influence sur les bases de la législation.

Depuis que la découverte toute récente des institutes de Gaïus [2] nous a mis à même de bien connaître l'histoire

[1] Matt., chap. 19, v. 3.

[2] Les Institutes de Gaïus, depuis long-temps perdues, ont été



du droit romain, rien n'est plus curieux à observer que cette lutte continuée jusqu'au sein de la civilisation et du christianisme, contre une législation vieillie que les Romains respectaient encore pour son ancienneté, quand ils ne pouvaient plus comprendre ses principes générateurs.

On voit cette lutte commencer timidement sous la république par le droit Prétorien, qui *rusait*, en quelque sorte, avec l'ennemi qu'il n'osait attaquer en face, et qui puisait souvent, dans la loi elle-même, les moyens de l'éluder ; qui, par exemple, invitait le fils qui voulait être émancipé à se faire vendre trois fois de suite par son père, ou la femme que gênait la tutelle de ses agnats, à employer les formes de la coemption pour s'en affranchir.

La lutte s'établit ensuite, sous l'influence des écoles philosophiques, avec le droit des gens, si bien représenté par les jurisconsultes des règnes de Marc-Aurèle et d'Alexandre Sevère, qui savent toujours se mettre à côté de la loi pour dire mieux que la loi, et dont les réponses aux consultations qu'on leur adresse obtiennent elles-mêmes, par la force de la raison, l'autorité législative.

Puis viennent, enfin, les empereurs chrétiens, éclairés par un flambeau divin, mais barbares et ignorants, qui, sans respect pour les sources de l'ancien droit dont ils ont perdu le sens, sans égard pour les subtilités prétoriennes dont ils ne comprennent plus les intentions, guidés seulement par un instinct civilisateur, et effrayés de l'immensité des lois que l'autorité législative, donnée aux réponses

retrouvées en 1816, par deux illustres allemands, MM. Niebuhr et Savigny, dans la bibliothèque du chapitre de Vérone. Un moine du moyen-âge avait lavé, de son mieux, le parchemin qui les contenait, pour leur substituer *les Epîtres de S. Hiérôme*. Des tentatives réitérées ont fait revivre l'ancienne écriture, et les vraies institutes de Gaius ont été rendues au monde savant, presque dans leur intégrité.

des prudents et aux constitutions impériales, ont multipliées à l'infini, sentent, avant tout, le besoin d'en réduire le nombre, et entreprennent des Codes et des Digestes, dans lesquels ils font entrer pêle-mêle, et souvent sans un grand discernement, des lois empruntées à tous les âges et puisées à toutes les sources.

C'est là ce que, de l'aveu de tous, a fait Justinien.

Grand guerrier, grâce à Bélisaire et à Narsès, Justinien se crut aussi grand législateur par la grâce de son ministre Tribonien. Mais Tribonien était avare et vendait la justice[1]; en outre, il était courtisan et cherchait à flatter les passions de son maître, qui lui-même subissait la domination de cette comédienne éhontée que, sans respect pour les mœurs ni pour la loi, il avait arrachée aux jeux du cirque et aux prostitutions du Libarum, pour l'associer à son empire, qu'il citait avec complaisance dans ses constitutions comme étant son conseil dans le gouvernement,[2] et qui, enfin, comme le dit Jean Zonaras, « était non moins, mais peut-être plus puissante que lui. »

Sans prendre à la lettre tout ce que Suidas, Procope, Evagrius, et tous les auteurs qui ont écrit l'histoire de Justinien nous disent de la médiocrité de son esprit, sans admettre avec eux qu'il participât au trafic infâme de Tribonien dans la vente à prix d'or des jugements et des lois[3], à tout le moins pourrons-nous dire que son au-

[1] V. Hugo, *Hist. du Droit romain*, et les auteurs cités par lui, § 389.

[2] V. entr'autres le ch. 1er de la Novelle 8.

[3] Montesquieu est loin de l'épargner : « La mauvaise conduite « de Justinien, dit-il, ses profusions, ses vexations, ses rapines, « sa fureur de bâtir, de changer, de réformer, son inconstance « dans ses desseins, un règne dur et faible, devenu incommode

torité, comme jurisconsulte, ne peut être d'un grand poids, et que c'est pour une loi une faible recommandation, que d'avoir été rendue par lui[1].

Et, cependant, de nos jours, les partisans du régime dotal citent encore avec emphase le nom de Justinien, et il semblerait, à les entendre, qu'il y a sacrilége à discuter une institution qui lui doit son origine.

Quand bien même, et c'est ce qu'avec l'appui de Montesquieu et de tous les historiens que nous venons de citer, nous nous permettons de contredire, l'autorité de ce législateur mériterait toute l'importance qu'on veut bien lui donner, encore faudrait-il se demander, d'abord, si, d'après l'état où se trouvait, de son temps, la propriété foncière dans la domination romaine, les considérations d'économie politique qui s'élèvent, de nos jours, contre l'inaliénabilité des fonds dotaux, pouvaient être d'un grand poids, et, ensuite, si cette inaliénabilité fut jamais consacrée par ces lois d'une manière aussi absolue qu'elle l'est aujourd'hui par le régime dotal du Code civil.

Disons d'abord quelques mots de la propriété :

« par une longue vieillesse, furent des malheurs réels, mêlés à « des succès inutiles et à une vaine gloire. »

Plus loin, l'auteur de *l'Esprit des Lois* fait la remarque que, sous ce règne, l'on a vu, dans le cours de quelques années, la jurisprudence varier davantage qu'elle n'a fait dans les trois cents dernières années de notre monarchie. « Ces variations, ajoute-t-il, sont la plupart sur des choses de si petite importance, qu'on ne voit aucune raison qui eût dû porter un législateur à les faire, à moins qu'on n'explique ceci par l'histoire secrète, et qu'on ne dise que ce prince vendait également ses jugements et ses lois. » (*Grandeur et décadence des Romains*, ch. 20.)

[1] C'est surtout dans les lois concernant la condition des femmes, que les jurisconsultes ont cru voir percer l'influence qui dominait le prince et gouvernait l'Etat. Ils citent comme exemple d'une injuste partialité pour ce sexe si long-temps opprimé et en faveur duquel s'opérait, au temps de Justinien, une réaction légitime

La division du territoire, faite par Romulus, entre les terres de propriété limitée et privée, *agri limitati*, *divisi*, *assignati* ou *agri privati*, et les terres du domaine public, *agri arcifinales* ou *agri publici* [1], subsistait encore au temps de Justinien ; seulement le trésor du prince (*fiscus*) avait remplacé le trésor du peuple (*ærarium*); les biens de la république étaient devenus les biens de l'empereur, les *fundi fiscales*, *fundi rei privatæ*, avaient pris la place des *agri publici*, et ce domaine impérial, incessamment accru par les conquêtes de territoire, les biens vacants, les successions caduques, et, plus que tout le reste, les amendes et les confiscations, avait fini par tout envahir.

Comme autrefois l'*ager publicus*, le domaine de l'empereur était imprescriptible ; l'édit du préteur confirmait, à la vérité, les transmissions qui s'opéraient entre possesseurs ; mais les lourds impôts qu'ils payaient, en nature d'abord, *vectigalia*, en argent plus tard, *tributa*, avertis-

dans son principe, mais quelquefois inconsidérée dans ses moyens, la fameuse loi *assiduis* (l. 12, cod. *Qui potior. in pign. hab.*), qui donnait la préférence à la femme, pour la répétition de sa dot, sur tous les créanciers de son mari, même ceux antérieurs au mariage, iniquité monstrueuse, puisque chacun, en se mariant, pouvait ainsi rendre illusoire le gage de ses créanciers !

Dans le préambule de cette loi, Justinien énumère, avec toute l'emphase orientale, les titres des femmes à sa sollicitude.

« *Quis enim*, s'écrie-t-il, *earum non misereatur, propter obsequia quæ mariti præstant, propter partûs periculum et ipsam liberarum procreationem.* »

[1] « Après avoir divisé son peuple en tribus et les tribus en curies, « Romulus partagea le sol en trente portions égales, et assigna une « de ces portions à chaque curie. Du surplus des terres, il attribua « au culte une part convenable, et laissa le reste à l'Etat. » (Denys d'Halic., *Art. lib.*, 3, § 1er.)

On sait que les terres qui constituaient la propriété privée étaient limitées, d'après certains rites empruntés aux usages étrusques, tandis que celles du domaine de l'Etat n'avaient d'autres limites que les limites naturelles.

saient ces mêmes possesseurs que leur titre était précaire, et qu'un jour ou l'autre, le caprice du prince pouvait, comme si souvent autrefois le caprice du peuple, leur enlever, par de nouvelles lois agraires, cette terre souvent fécondée par de longs travaux, enrichie par des plantations, embellie par des édifices.

D'un autre côté, la contribution foncière était devenue si énorme, qu'elle rendait la petite propriété impossible. Salvien nous représente la classe des petits propriétaires libres, étranglée par les liens du fisc, comme par les mains des voleurs, *tributorum vinculis quasi prædonum manibus strangulata* [1].

Aux rigueurs de l'impôt se joignait, pour ces petits propriétaires, la charge des fonctions curiales, si honorées sous la république, mais si redoutées sous l'empire, qu'il fallut en venir à condamner des malfaiteurs à les remplir [2].

Aussi l'Italie était-elle devenue déserte, et les provinces encore plus. Les terres sans valeur s'offraient à qui les voulait cultiver; mais les cultivateurs manquaient, et les riches les acquéraient à vil prix, pour accroître leurs immenses domaines.

Ces misères de la propriété avaient donné naissance au colonat; l'esclave avait été attaché au sol, et on lui avait accordé une demie liberté, sous la condition de cultiver cette terre abandonnée. Le barbare avait été accueilli au même titre au sein de l'Italie, et, comme les terres étaient alors la valeur la plus commune, c'était avec des terres données en emphytéose que l'État soldait les services ou les dépenses publiques [3].

[1] *De Gubernat. Dei*, lib. 4.

[2] V. le Code de Justinien, lib. 10, tit. 31.

[3] V. pour plus de détail sur ce qui précède, un Mémoire très remarquable de M. Edouard Laboulaye, couronné en 1838, par

Maintenant, nous le demandons, qu'importait, dans un pareil état de choses, l'inaliénabilité du fonds dotal ?

Déjà les biens des décurions, ceux composant le pécule des colons, ceux donnés en emphytéose, ne pouvaient être vendus sans le consentement du *judex*[1], du patron[2] ou du propriétaire[3].

Que fesait une entrave de plus parmi tant d'entraves, et que pouvait être, pour ces biens sans valeur, et possédés à titre précaire, ce besoin de circulation qui rend nos économistes si impatients de l'aliénabilité dotale ?

Ajoutons à cela que cette aliénabilité n'était pas alors ce qu'elle est aujourd'hui.

Ainsi, quand le bien dotal avait été vendu durant le mariage, si la femme décédait la première, et si le prix de la dot avait profité au mari, l'aliénation ne pouvait être révoquée[4]. Elle ne pouvait l'être non plus, même au cas où la femme survivait, si le mari lui avait fait un legs pour lui tenir lieu de son bien dotal[5].

Enfin, d'après le droit des Novelles, l'aliénation était encore valable quand la femme l'avait approuvée, et que, deux ans après, elle avait réitéré son consentement, pourvu toutefois que les biens du mari fussent suffisants pour répondre de la dot[6].

D'un autre côté encore, les priviléges de la dot n'e-

l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, et ayant pour titre : *Histoire de la propriété foncière en Occident.*

[1] L. 1er, cod. *De Præd. Decur. sin decret. non alien.*

[2] L. C. *In quib. caus. col.*

[3] L. 3, C. *De jure emphyt.*

[4] L. 17, ff. *De fund. dot.*

[5] L. 77, § 5, ff. *De leg.* — *Pandectes* de P. Potier, lib. 23, tit. 5.

[6] Novel. 61.

taient donnés qu'à la femme elle-même, et ne passaient point à ses héritiers [1].

Le régime dotal du Code civil ne connaît, ni ces distinctions, ni ces restrictions; et, sauf quelques rares exceptions dont nous avons parlé plus haut [2], non seulement la femme qui s'y est soumise, ou ses héritiers, peuvent, après la dissolution du mariage, faire révoquer l'aliénation du fonds dotal consentie pendant sa durée, mais le mari peut demander aussi cette révocation, et alors même que le mariage dure encore [3].

Ce serait donc bien à tort qu'on voudrait se prévaloir du régime dotal de Justinien pour défendre celui du Code civil. Ils diffèrent tout à la fois, et par les principes qui les constituent l'un et l'autre, et par les effets qu'ils produisent.

Il y a plus, et nous verrons au paragraphe suivantqu'en même temps que Justinien apportait au régime dotal romain sa dernière sanction par l'inaliénabilité absolue des biens de l'épouse, il fesait subir à ce même régime une modification capitale, en consacrant la plus complète assimilation entre la dot apportée par la femme au mari, et une donation à cause de noces, faite par le mari à la femme.

§ IV.

DU DERNIER ÉTAT DE LA LÉGISLATION ROMAINE SUR LA PUISSANCE PATERNELLE, LA PUISSANCE MARITALE ET LES STATUTS MATRIMONIAUX.

Devenue capitale de l'empire, Constantinople avait conservé le nom et le fantôme des institutions romaines;

[1] L. unic., cod. *De priv. dot.*, nov. 61 et 91.

[2] Voir la note 4 de la page 32.

[3] Art. 1560 du Code civil.

mais, en réalité, les hommes, les choses, les idées, tout était changé.

Le christianisme avait, suivant l'expression du prophète, renouvelé la face de la terre, et une révolution complète s'était opérée dans les lois aussi bien que dans les croyances et dans les mœurs[1].

Nous ne nous occuperons de cette révolution qu'autant qu'elle concerne l'objet de nos recherches, et encore sera-ce à pas très rapides que nous mesurerons la distance qui sépare l'époque à laquelle la femme esclave de l'homme, *chose* de l'homme, était achetée et vendue par lui comme un objet de son commerce, et celle où, élevée à sa dignité, elle pouvait traiter avec lui d'égale à égal.

Toutefois, avant de parler de la puissance du mari, nous avons quelques mots à dire de celle du père ; car ces deux pouvoirs ont toujours eu, entre eux, une étroite liaison, et nous avons vu que c'est dans la puissance paternelle que la *manus* avait trouvé autrefois son principe et son origine, le mari prenant sur la femme achetée les droits du père qui l'avait vendue.

Depuis long-temps, à l'époque à laquelle nous sommes arrivés, les pères n'avaient plus droit de vie et de mort sur leurs enfants.

Sous Trajan, un père avait été contraint à libérer son fils de sa puissance, parce qu'il l'avait traité inhumainement, *contra pietatem*[2]. Sous Adrien, un père qui avait tué son fils à la chasse, parce qu'il s'était rendu coupable d'adultère avec sa belle-mère, fut condamné à la déportation[3].

[1] Il faut lire, sur ce sujet, un excellent article de M. Ch. Poubaër, inséré dans le neuvième vol. de la *Revue de Législation*, et ayant pour titre : *Influence du Christianisme sur le droit.*

[2] L. 5, digest. *Si à parent. quis manumiss. sit.*

[3] L. 5, digest. *De lege Pompeia de parricidiis.*

Alexandre Sévère écrivait à un père : « votre puissance paternelle vous donne le droit de châtier votre fils, et, s'il persévère dans sa conduite, vous pouvez, recourant à un moyen plus sévère, le traduire devant le président de la province, qui prononcera contre lui la punition que vous demanderez[1]. » Enfin, on trouve au code une constitution de Constantin, qui condamne aux horribles peines du parricide le père qui aurait tué son enfant.

Le droit que les pères s'étaient arrogé de vendre leurs enfants avait également subi d'importantes modifications. Au temps du jurisconsulte Paul, il fallait, pour qu'il s'exerçât, que le père y fût contraint par la misère et le besoin de se procurer des aliments. *Contemplatione extremæ necessitatis aut alimentarum gratiâ*[2]. Constantin voulut, de plus, que la vente se fît au moment de la naissance, quand les enfants étaient *sanguinolentes*[3]; et Justinien, en fesant inscrire au code la constitution de Constantin, conserva ce dernier droit encore si barbare.

L'abandon des enfants par leur père, en réparation du dommage qu'ils avaient causé, subsistait encore au temps de Paul, mais pour les fils seulement[4]; et, au temps de Justinien, il était entièrement tombé en désuétude[5].

Voilà pour les personnes ; quant aux biens, les fils de famille n'avaient, sous la république, que leur pécule profectice, composé de biens, dont le père leur laissait précairement et par tolérance l'administration et l'usage, mais qui ne cessaient point de lui appartenir. Ils commencèrent, sous les premiers empereurs, à jouir de tous les

[1] L. 3, cod. *De patriæ potestate.*

[2] Sent., lib. 5, tit. 1er, § 1.

[3] L. 2, cod. : *De patrib. qui filias suas distrax.*

[4] Sentent., lib. 2, tit. 31, § 9.

[5] Inst., lib. 4, tit. 8, § 7.

droits de la propriété sur les biens qu'ils avaient acquis aux armées, et qui formaient ce qu'on appelait leur pécule castrans; *filiifamilias*, disait une loi devenue un axiome, *in cartrensi peculio, vice patrumfamiliarum fungantur*[1].

Plus tard, et à l'imitation du pécule castrans, on leur accorda les mêmes droits sur d'autres biens qui leur formèrent aussi un pécule appelé par Constantin : *quasi-castrense*, et dans lequel cet empereur fit entrer tout ce que les officiers du palais gagnaient pendant leurs fonctions[2]. Ce pécule quasi-castrans, fut, par la suite, successivement étendu à beaucoup d'autres professions, et, enfin, le même Constantin institua un quatrième pécule, le pécule adventice (*peculium adventitium*), qui se composait de tous les biens recueillis par les fils de famille dans la succession de leur mère, soit par testament, soit ab intestat. Le père n'acquérait sur ce pécule qu'un droit d'usufruit; la propriété restait au fils[3].

Ce pécule adventice fut ensuite étendu, par Arcadius et Honorius, à tout ce qui provenait au fils de famille, de ses ascendants maternels[4], puis par Théodose et Valentinien, à tout ce qui était donné par un époux à l'autre[5], et, enfin, par Justinien, à tout ce que le fils de famille acquérait par une cause quelconque, sauf ce qui lui provenait des biens de son père.

Ainsi, sous Justinien, les fils de famille ont la pleine propriété de leurs pécules castrans et quasi-castrans. Ils ont la nue propriété de leur pécule adventice; enfin, ils conservent l'administration et la jouissance du pécule profectice.

[1] L. 2, digest. : *De senat. macedoniano.*
[2] L. unic., cod. : *De cast. omn. palat. pecul.*
[3] L. 1, cod. : *De bonis maternis.*
[4] L. 2, id.
[5] L. 1, cod. : *De bonis quæ lib. in potest. pat.*, etc ...

Occupons-nous maintenant des filles.

Nous avons dit, dans notre premier article, sur quels principes reposait, dans l'origine, la tutelle perpétuelle à laquelle les femmes étaient soumises, et nous savons que si Gaïus attribuait cette mesure à la fragilité du sexe, il la considérait plutôt avec les idées de son temps, qu'avec les idées de ceux qui l'avaient créée. C'est, au surplus, là un phénomène qu'on a bien souvent l'occasion de remarquer dans la législation romaine. Les mœurs se corrigent et se modifient; les institutions demeurent. Seulement, on les comprend, on les applique, on les interprète, et souvent aussi on les explique différemment.

L'arbre a poussé de nouvelles branches, son feuillage a reverdi, son aspect est changé, mais ses vieilles racines sont toujours les mêmes.

Déjà les donations entre époux et l'inaliénabilité du fonds dotal nous ont présenté des exemples de cette anomalie législative; nous en trouvons un nouveau dans la tutelle des femmes. Il est vrai qu'à l'époque à laquelle Gaïus attribuait cette tutelle à la légèreté de leur esprit [1], ses rigueurs s'étaient beaucoup adoucies.

Tous les tuteurs, à l'exception des tuteurs légitimes, c'est-à-dire les agnats et les patrons, avaient en réalité perdu leur pouvoir.

Les femmes traitaient elles-mêmes leurs affaires, et si les tuteurs interposaient, dans certains cas encore, leur autorité, c'était pour la forme seulement. Encore le préteur pouvait-il les y contraindre; ce qui faisait dire à Cicéron, dans une de ses harangues : « Nos ancêtres vou« laient que les femmes fussent au pouvoir des tuteurs.

[1] « Veteres enim voluerunt, feminas etiam si perfectæ ætatis « sint, propter animi levitatem, in tutela esse.» Comment. 1, § 144.

« Les jurisconsultes ont inventé des espèces de tuteurs qui « se trouvent au pouvoir des femmes [1]. »

Par l'un des chefs de la loi Papia Poppœa, Auguste accorda, comme récompense de leur fécondité, aux femmes ingénues qui avaient plus de deux enfants, d'être libérées, même de la tutelle légitime, et, plus tard, sous l'empereur Claude, une loi appelée de son nom, loi *Claudia*, supprimant entièrement la tutelle des agnats sur les femmes, ne laissa plus subsister, parmi les tutelles légitimes et réelles, que celles des ascendants et des patrons.

Au temps d'Ulpien, sous Alexandre Sévère, ce droit se soutenait encore; mais, par la suite, tombant successivement en désuétude, il finit par s'éteindre, et il n'en est plus question dans les Institutes de Justinien [2].

Avec la puissance paternelle et la tutelle des femmes, la *manus*, qui reposait sur les mêmes principes, devait tomber en désuétude.

Dès le temps de Cicéron, beaucoup de mariages, et peut-être même, dit Hugo [3], la presque totalité, commençaient et se continuaient sans que la femme fût placée sous la main du mari. Gaïus, qui vivait sous Marc Aurèle, nous apprend que, de son temps, la cohabitation non interrompue pendant une année (*usus*), ne faisait plus naître la *manus*, toute cette portion de l'ancien droit s'étant trouvée abrogée en partie par les lois, en partie par l'usage, (*partim legibus sublatum*, *partim ipsa desuetudine oblitteratum* [4]); et si, à la même époque, la coemption était encore

[1] Cic. pro Murat., ch. 12, 27.

[2] V. l'excellent ouvrage de M. Ortolan, ayant pour titre : *Explication historique des Institutes de Justinien*, lib. 1er, tit. 22.

[3] *Hist. du Droit romain*, § 196.

[4] Gaïus, *Comment.* 1, § 111.

quelquefois employée pour produire la *manus*, elle servait le plus souvent à d'autres usages, comme à faire sortir les femmes de la tutelle gênante de leurs agnats, à donner la possession de biens en vertu d'un testament, et à faire parvenir aux mains d'un héritier la partie utile d'une succession dégagée de la charge du culte privé [1].

Quant à la confarréation, Ulpien, qui vivait un demi-siècle après Gaïus [2], la cite comme étant le seul mode suivant lequel, de son temps, la *manus* pouvait s'établir; [3] et encore voyons-nous, par un passage des annales de Tacite, que, sous le règne de Tibère, le flamine de Jupiter étant mort, et son successeur devant, d'après les anciens usages, être choisi parmi trois praticiens nés de parents mariés par confarréation, on eut beaucoup de peine à trouver ce nombre, parce que, dit l'historien, l'usage de ces sortes d'unions s'était perdu dans presque toutes les familles. *Omissâ confarreandi adsuetudine aut inter paucos retentâ* [4].

Enfin ce rite, dont le caractère était tout religieux, dut nécessairement tomber avec le paganisme. Aussi, ni dans le code de Théodose, ni dans les institutes de Justinien, n'est-il plus question de la *manus*

Les filles qui, en se mariant, ne tombaient pas sous la puissance maritale, restaient dans la famille de leur père, et n'y perdaient aucuns de leurs droits d'agnation. Elles n'étaient, dans la famille de leur mari, que des alliées, et y tenaient à peu près la même place que celle qu'elles y occupent encore aujourd'hui.

Comme aujourd'hui, pour soutenir les charges du mariage, elles apportaient à leur mari une dot.

Cette dot n'était plus constituée à titre universel, mais

[1] V. Hugo, *Hist. du Droit romain*, § 96.

[2] Ulpius est mort l'an 226 de Jésus-Christ.

[3] *Ulpiani regular.*, tit. 9.

[4] Lib. 4, § 16.

à titre particulier. Elle était transmise au mari lors du mariage, au moyen des actes ordinaires d'aliénation reconnus par le droit civil [1] ; ou bien, elle lui était promise par celui qui avait l'intention de la donner ; ou enfin, elle était déclarée « *dicta* », par la femme, ou ses ascendants, si c'étaient eux qui devaient la fournir. Ce qu'Ulpien résume ainsi : *Dos aut datur*, *aut dicitur*, *aut promittitur* [2].

D'un autre côté, la dot était profectice ou adventice.

Profectice, si elle avait été constituée à la femme par son père ou son aïeul paternel ; adventice, si elle lui provenait de toute autre personne, ou si elle se l'était constituée à elle-même de ses propres biens. Cette dernière distinction était importante pour déterminer à qui devait revenir la dot en cas que la femme vînt à mourir durant le mariage. La dot profectice retournait alors au père ou à l'aïeul qui l'avait constituée, sauf un cinquième réservé au mari, s'il y avait des enfants. La dot adventice, et même la dot profectice, si l'ascendant qui l'avait constituée était prédécédé, restaient au mari, qui était dit alors *gagner la dot* [3]. Justinien modifia ce dernier droit, et voulut que, si la femme décédait la première, la dot fût dévolue à ses héritiers [4].

Ainsi, dans aucun cas, la dot ne devait, après le mariage, rester au mari ; nous avons vu, d'un autre côté, que le mari ne pouvait, durant le mariage, ni l'aliéner ni l'hypothéquer, et cependant, au temps de Justinien encore, le mari était considéré comme propriétaire de la

[1] Comme la mancipation, la cession jurique (*cessio in jure*) ou simplement la tradition pour les choses *nec mancipi*. Gaïus, *Comm* 2, § 63.

[2] Il n'est plus question de la *dictio dotis*, sous Justinien.

[3] V. les *Fragments d'Ulpien*, tit. 6. — V. aussi Heineccius, *Ant. rom.*, lib. 2, tit. 8, § 8.

[4] L. unic., cod. : *De rei uxoriæ act.*, § 6 et 13.

dot. Cet empereur fait seulement remarquer, dans ses Institutes, comme une singularité, qu'il peut y avoir des cas où, quoique l'on soit propriétaire d'une chose, on ne puisse en disposer. Ce qui prouve que si, quelquefois, chez les Romains, les lois survivaient à leurs principes, quelquefois aussi les principes survivaient aux lois elles-mêmes [1].

A coup sûr, nous sommes déjà bien éloignés du temps où le mari devenait propriétaire des biens de sa femme, comme d'un accessoire de cette femme elle-même, qu'il achetait à son père; même de celui où, après la dissolution du mariage, la dot n'était rendue à la femme que pour qu'elle pût s'en servir à contracter de nouvelles noces, et donner à la république de nouveaux rejetons. Nous nous en trouverons plus éloignés encore, quand nous aurons fait connaître une institution tout-à-fait étrangère au droit romain de l'époque classique, mais qui, dans le Bas-Empire, a toujours marché parallèlement avec la dot. Nous voulons parler de la donation à cause de noces, *donatio propter nuptias*.

La constitution la plus ancienne qui, dans le code de Justinien, fasse mention de la donation à cause de noces, appelée alors donation avant les noces, *donatio ante nuptias*, émane des empereurs Théodose et Valentinien, qui en parlent, à la vérité, comme d'une chose déjà établie [2]. Justinien en parle également comme d'une sorte de donations entre-vifs entièrement inconnue des anciens prudents, et

[1] Chez nous, la dot ne devient pas la propriété du mari; elle n'est, dans ses mains, qu'un dépôt qui lui est confié pendant que le mariage dure, pour lui aider à en supporter les charges.

[2] Institut., l. 2, tit. 7, § 3.

introduite après eux par des empereurs plus récents, *junioribus principibus* [1].

D'abord, le futur époux fesait une donation à sa future épouse, et celle-ci lui rendait, à titre de dot, ce qu'elle avait reçu de lui à titre de donation [2]. La donation dut ensuite égaler la dot. Toutes deux étaient destinées à soutenir les charges du mariage sous l'administration du mari; toutes deux étaient également inaliénables [3]. A la dissolution du mariage, de même que la femme reprenait sa dot, de même le mari reprenait les objets composant sa donation.

De même aussi que, dans certains cas, la femme encourait comme punition la perte de sa dot, de même le mari, s'il se trouvait dans les mêmes cas, perdait sa donation.

Enfin, si les époux étaient convenus que le mari, en cas de survie, pourrait retenir une certaine part de la dot, par réciprocité, la femme avait droit au même avantage sur la donation [4].

Il ne restait qu'une différence, et Justinien l'effaça. La dot, n'étant pas considérée comme une donation, pouvait être constituée ou augmentée après le mariage contracté. Il n'en était pas de même de la donation à cause de noces, qui, comme toutes les donations entre-vifs, était défendue entre époux.

Justinien permit, par dérogation au principe, de constituer ou d'augmenter la donation à cause de noces, comme la dot pendant le mariage [5], ce qui fit que la *donatio ante*

[1] L. 17. Cod.: *De Donat. ante nupt.*

[2] L. 1er, id.

[3] Nov. 61.

[4] L. 9, cod. *De pact. convent. tam sup. dot. quam. sup. donat. ante nupt. et paraph.*, et nov. 9, cap. 1.

[5] L. 20, § 1, cod.: *De nuptiis.*

nuptias changea de nom, et devint *donatio propter nuptias.*

Ce fut aussi Justinien qui exigea une égalité absolue, une égalité numérique entre les gains de survie stipulés sur la dot, et ceux stipulés sur la donation [1]. Enfin, c'est encore ce même empereur qui, dans une de ses constitutions, fait ressortir la complète analogie qui existe entre la dot et la donation à cause de noces, qu'il appelle aussi, *antipherna.* « *Nomine et substantiâ*, dit-il *nihil distat à dote, ante nuptias donatio* [2].

Nous insistons sur ce point, parce qu'il nous paraît donner au statut matrimonial de Justinien un caractère tout particulier qui exclut l'assimilation qu'on en veut faire à notre régime dotal.

Que l'on suppose, en effet, le bien de la femme et celui du mari confondus pendant le mariage, et administrés par le mari dans un intérêt commun; puis, lorsque mariage vient à se dissoudre, partagés également avec les fruits qu'ils ont pu produire entre les époux ou leurs représentants, et, sans s'être écarté beaucoup du statut de Justinien, on en sera venu à notre communauté de biens.

C'est qu'au temps où vivait Justinien, le véritable régime dotal romain avait perdu sa signification. Ce n'était plus dans l'intérêt de la république qu'on voulait conserver les dots, et ces Romains, si fiers de leurs institutions vieillies, ces Romains dégénérés, ou plutôt régénérés, prenaient à leur insu des leçons de jurisprudence auprès de ces peuples qu'ils appelaient barbares, et qui avaient mieux compris qu'eux la destinée des femmes.

Il est certain que, chez les Germains et chez les Gaulois, nous trouvons des lois et des coutumes qui nous révèlent

[1] L. 10, cod. : *De nuptiis.*

[2] L. 20, cod.: *De donat. ante nuptias.* — V. pour plus de détails, sur la donation à cause de noces, un article de M. d'Hautuille, inséré *Revue de la Législation*, t. 7.

en même temps les principes générateurs de notre communauté de biens entre époux, et l'origine de cette donation à cause de noces, fondée, comme la communauté, sur une complète réciprocité d'avantages, entre le mari et la femme.

Pour n'en citer qu'un exemple, voici ce que César nous apprend des usages des Gaulois : *Utri quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine, acceperunt, tantas ex suis bonis estimatione factâ cum dotibus* COMMUNICANT. *Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servantur. Uter earum vita superuit ad eum pars utriusque, cum fructibus superiorum temporum pervenit*[1].

Ainsi, apport fait par le mari en compensation de la dot, gain attribué au survivant de l'apport du prédécédé, voilà bien deux principes qui dominent toute la théorie de la *donatio propter nuptias*. D'un autre côté, confusion entre le bien du mari et celui de la femme, et disposition des fruits en faveur du survivant : c'est le fondement de la communauté de biens.

Nous allons développer cette dernière thèse dans le paragraphe suivant.

§ V.

COMMUNAUTÉ DE BIENS. — CONCLUSION.

L'histoire de la société conjugale, chez les Romains, nous a présenté trois époques distinctes.

L'une, toute barbare, pendant laquelle la femme, soumise au droit du plus fort, appartient au père qui l'a engendrée ou au mari qui l'a achetée.

L'autre, que j'appellerai *sociale*, époque de civilisation païenne, où la société civile s'étant constituée, les hommes

[1] *De Bello gallico*, lib. 6, cap. 9.

ayant réuni leurs forces pour soutenir et défendre ensemble des intérêts communs, la femme n'appartient plus à l'individu, mais à l'association, à l'État, et n'est confiée à l'homme qu'à la condition que l'homme la fécondera, la fera produire dans l'intérêt de la république.

La troisième, enfin, est l'époque chrétienne. La femme a conquis son individualité. Elle n'appartient plus à l'homme que par les liens d'une soumission volontairement consentie, en échange de la protection dont elle a besoin, ni à l'État, si ce n'est comme membre de la grande famille que l'État dirige et gouverne. Elle s'appartient, avant tout, à elle-même. Elle dispose d'elle et peut opposer aux volontés de l'homme une résistance puisée dans les libres inspirations de sa conscience. Enfin, la femme a une ame qui la fait l'égale de l'homme. Elle est soumise aux mêmes devoirs, appelée aux mêmes destinées. Ce n'est plus un instrument, c'est une intelligence, qui complète celle de l'homme en s'associant à elle.

La première de ces époques est celle de la *manus*; la seconde, celle de la dotalité; la troisième, celle de la donation à cause de noces, équilibrant la constitution dotale et établissant entre les époux complète réciprocité d'avantages.

Si, maintenant, nous supprimons par la pensée la seconde de ces trois périodes ; si nous supposons la troisième succédant immédiatement à la première, le flambeau du christianisme venant luire directement sur l'époque de la barbarie, nous verrons la femme accomplir, au sein même de la famille, sa transformation morale; nous la verrons s'émanciper peu à peu, à mesure que la lumière divine, pénétrant dans son ame, lui révèlera le secret de ses destinées providentielles, et que l'homme, au pouvoir de qui elle se trouve encore, apprendra à respecter, en elle, l'image de la nouvelle divinité qu'il adore.

Alors une intimité plus grande unira les deux époux ; es relations se modifieront ; le mari demandera à la confiance, à l'amour de sa femme, ce qu'avant il exigeait de son abjecte servilité. Celle-ci, de son côté, viendra prendre place auprès de lui au foyer domestique. Les enfants, les serviteurs, respecteront en elle la compagne, l'associée du maître ; et, si le mari continue seul encore à diriger la famille, à gérer la fortune, ce ne sera plus comme *propriétaire* de l'une et de l'autre ; mais ce sera comme le plus puissant et le plus capable, comme le chargé de tous les pouvoirs, enfin, comme le *chef de la communauté ;* car la communauté de biens doit tout naturellement prendre place dans ce nouvel état de la société conjugale.

C'est là ce qui est arrivé chez tous les peuples autres que les Romains, et ce qui serait arrivé chez les Romains eux-mêmes, si des circonstances politiques que nous avons fait connaître, des besoins sociaux d'accroissement de population, n'avaient créé pour eux un ordre de choses tout spécial, tout exceptionnel, et engagé leur législation dans des voies inconnues aux autres nations.

Ainsi, tandis que les Romains, dépravés par les fausses lumières d'une civilisation païenne et inquiets de la dépopulation de leur cité, fesaient des lois pour assurer aux femmes la conservation de leur dot, les Germains, encore barbares, mais dirigés par les heureux instincts de leur nature, vivaient avec leurs épouses dans une intimité qui rendait ces précautions inutiles, et qui, comme nous allons le voir, contenait en germe cette communauté de biens sur l'origine de laquelle nos jurisconsultes n'ont tant disputé que parce qu'élevés à l'école du droit romain, et prenant l'exception pour la règle, c'est du point de vue de la dotalité qu'ils l'ont toujours cherchée.

Lorsque Tacite, imbu des idées qui dominaient dans la législation de son pays, voulut décrire les mœurs des

Germains, il s'étonna de ce que, chez eux, ce n'était point la femme qui apportait une dot au mari, mais le mari qui offrait une dot à la femme, *dotem non uxor marito sed uxori maritus offert*. (*De morib. Germ.*, § 18.) Et pourtant, ce qui paraissait à cet historien une singularité, tenait à un fait commun à toutes les législations primordiales, à celle de Rome elle-même, au *mariage par achat*. Les Germains en étaient encore à cette période de barbarie, dans laquelle la femme était achetée par le mari qui la payait à son père. Ce qui s'appelait la *manus* chez les premiers Romains, s'appelait le *mundium* chez eux. Le *mundium* exprimait à la fois le droit du père sur les enfants et le droit du mari sur la femme[1], et nous voyons, par les lois barbares qui nous ont été conservées, que ce *mundium* passait du père au mari au moyen d'un certain prix qui, sous les différents noms de « prix d'achat (*pretium emptionis*), prix nuptial (*pretium nuptiale*), witemond, meta, morgengabe ou don du matin », n'était autre que la dot offerte par le mari à la femme ou aux parents de la femme.

Disons pourtant qu'entre le *mundium* et la *manus*, il existait une différence qui nous est, en quelque sorte, indiquée par l'étymologie des deux mots. *Mundium* vient d'un mot germain qui veut dire *bouche*[2], *manus* veut dire *main*. La bouche conseille, persuade, et, au besoin, commande; la

[1] Heineccius, *Elementa juris germanici*, lib. 1, tit. 6, § 132.

[2] Ainsi, l'homme qui, par le mariage, acquiert le *mundium*, se trouve subrogé aux droits du père sur la femme qu'il épouse. Nous nous sommes attaché, dans notre premier chapitre, à démontrer que, chez les Romains, la *manus* n'était que la continuation de la puissance paternelle. Ici notre tâche serait plus aisée, puisque c'est le même mot qui exprime à la fois le droit du père et celui du mari.

Encore de nos jours, dans la législation des Suédois, le même mot, « *giftoratt* », exprime à la fois le droit du père et celui du mari.

main force et contraint ; la bouche représente la puissance morale, la main la puissance matérielle.

C'est qu'au milieu de leurs forêts et de leurs marais sauvages, les Germains avaient mieux compris la nature de l'association conjugale, que ces fiers Romains qui les traitaient de barbares.

Tacite nous les représente conduisant avec eux leurs femmes et leurs enfants à ces armées nomades et permanentes où chaque famille formait un bataillon, combattant sous les yeux de leurs épouses, s'excitant de leurs clameurs, et leur apportant avec orgueil leurs blessures à compter[1]. Une femme, chez eux, n'a qu'un mari, nous dit encore Tacite, comme elle n'a qu'un corps et qu'une ame ; le mari borne toutes ses pensées, tous ses désirs ; il n'est pas seulement un mari pour elle, il est le mariage tout entier[2]. De leur côté, les hommes aiment leur femme de cet amour jaloux qui n'est pas connu à Rome[3] ; ils craignent plus la captivité pour elles que pour eux-mêmes ; supposant à ce sexe quelque chose de religieux et d'inspiré, ils se gardent bien

[1] « Quodque præcipuum fortitudinis incitamentum est non casus nec fortuita conglobatio, turmam aut cuneum facit ; sed familiæ et propinquitates, et in proximo pignora unde fœminarum ululatus audiri, unde vagitus infantium : hi cuique sanctissimi testes, his maximi laudatores. Ad matres, ad conjuges vulnera ferunt, nec illæ numerare aut exigere plagas pavent, cibosque et hortamina pugnantibus gestant. » *De morib. Germ.*, § 7.

[2] « Sic unum accipiunt maritum, quomodo unum corpus, unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tanquam maritum, sed tanquam matrimonium ament. » (Id., § 19.)

[3] Chez les Germains, l'adultère était puni plus sévèrement encore par les mœurs que par les lois. La femme coupable, ignominieusement chassée de la maison de son mari, ne recevait d'appui nulle part. Ni son jeune âge, ni sa beauté, ne pouvaient lui faire trouver des consolateurs ; *nemo enim illic vitia ridet*, nous dit encore Tacite. Aussi, le même historien remarque-t-il que, pour une nation aussi nombreuse, on ne comptait que fort peu d'adultères ; *Paucissima in tam numerosa gente adulteria.* (§ 19.)

de rejeter ses avis ou de douter de ses oracles : *Inesse sanctum aliquid et providum putant, nec aut concilia earum adspernantur, aut responsa negligunt.*

Enfin, c'est la vie patriarcale et de famille transportée au milieu des camps. L'épouse se fait guerrière pour partager les dangers et les fatigues de son mari, comme, chez les peuples pasteurs, elle s'associe aux paisibles occupations de sa vie champêtre.

Maintenant que, la conquête ayant terminé la guerre, les Germains s'établissent en vainqueurs au sein de nos fertiles contrées, qu'ils fassent succéder les occupations de l'agriculture, du commerce, de l'industrie, de tous les arts de la paix, au tumulte des combats, et nous allons voir la condition de leurs épouses se rapprocher beaucoup de ce qu'est encore aujourd'hui la condition des nôtres. Tout naturellement, la femme qui fesait la guerre avec son mari, cultivera son champ avec lui, l'aidera dans les opérations de son négoce, s'associera aux spéculations de son industrie ; et si cette collaboration commune a augmenté le patrimoine des époux, lorsque le moment de la séparation sera venu, l'équité suggèrera l'idée de partager les biens acquis par les efforts communs, en d'autres termes, *la société des acquets.*

Ainsi voyons-nous les éléments de la communauté de biens entre époux, sortir du chaos des institutions barbares, au souffle vivifiant de la civilisation chrétienne.

Ce partage des acquets, nous le trouvons dans la loi des Wisigoths[1], dans celle des Saxons[2], et dans celle des Francs-Ripuaires[3].

[1] « De omnibus augmentis vel profligationibus, pariter conquisitis, tantam partem unusquisque obtineat, quantam ejus facultatem fuisse. » (Lib. 4, tit. 2, ch. 16.)

[2] .... « De eo quod vir et mulier simul conquisierint mulier mediam portionem accipiat. » (Tit. 8.)

[3] « Si maritus uxori per seriem scripturarum nihil contulerit,

Nous le retrouvons ensuite dans les capitulaires de Charlemagne[1], puis dans les formules de Marculphe[2], puis encore dans toutes nos anciennes coutumes, et, enfin, sous notre Code civil, où il forme, avec la confusion des biens sous l'administration du mari, le principal caractère de la communauté entre époux.

Quant à cette confusion des biens, nous avons vu qu'elle existait chez les Romains avec la *manus*; de même devait-elle être, chez les Germains, la conséquence du *mundium*; car il fut nécessairement un temps où les Germains, aussi bien que les Romains, se regardaient comme propriétaires de leurs femmes, et nécessairement de tous les biens de leurs femmes. Ce qu'on achète est bien à soi, a dit Martial[3].

Quand les maris ne furent plus propriétaires absolus de leurs femmes, ils ne furent plus également propriétaires

si virum supervixerit, 50 solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare..... Quod si ex his quæ conscripta vel tradita sunt simul consumpserint aliquid, nihil requirat.» (Tit. 37, § 2 et 3.)

[1] « Volumus ut uxores defunctorum, post obitum mariti, tertiam partem conlaborationis, quam simul in beneficio conlaboraverunt accipiant. » (Lib. 4, § 9.)

[2] « Quas pariter stante conjugio adquisivimus prædicta conjux tertiam habere potuerat. » (Lib. 2, cap. 17.)

[3] *Id quod emas possis dicere jure tuum.* Lib. 2, epig. 20.

César nous apprend, dans ses commentaires (*De Bello gallico*, lib. 6, cap. 10), que les Gaulois avaient, sur leurs épouses, droit de vie et de mort. Quelques auteurs en ont conclu que les Germains en usaient de même. D'autres, se fondant précisément sur le silence de César à l'égard de ces derniers, ont soutenu le contraire. La question n'est que dans les dates. Dans l'origine, les mêmes faits ont dû donner partout lieu aux mêmes droits. Déjà, au temps de Tacite, les mœurs étaient fort adoucies, et, lorsque les lois barbares furent rédigées, la puissance maritale n'était guère autre chose que ce qu'elle est de nos jours. (V. Heineccius, *Elem. jur. germ.*, lib. 1er, tit. 6.)

5

absolus de leurs biens, mais ils en conservèrent, durant le mariage, l'administration et la jouissance.

Enfin, une institution qui, sous notre ancien droit, a toujours marché à côté de la communauté de biens, le douaire, nous vient encore des Germains, et trouve son origine dans ce prix d'achat, dans cette dot que le mari, autrefois, offrait à sa femme ou aux parents de sa femme, en l'épousant.

Tacite nous apprend en quoi cette dot consistait de son temps. Ce n'était point de ces superfluités qui flattent la vanité des nouvelles épouses et servent à leur parure, c'étaient des bœufs, un cheval tout bridé, un bouclier avec la framée et le glaive. (*De morib. Germ*, § 18.)

Après la conquête, nous voyons, par les lois barbares, que la dot avait changé de nature. Le mari offrait à son épouse une partie de sa fortune ou un certain nombre de solidi, qui variait suivant les diverses tribus, mais dont le maximum était toujours fixé avec rigueur.

Au moyen-âge, le mariage se célébrait encore suivant la loi salique, par le sou et le denier, *per solidum et denarium ;* et même, de nos jours, dans les cérémonies du mariage catholique, la pièce de monnaie qui représente la dot n'est pas donnée par la femme au mari, mais par le mari à la femme.

Suivant le rituel de l'église de Reims, le fiancé dit à la fiancée, en passant l'anneau à son doigt, et en lui mettant trois deniers dans la main droite : *De mon corps je vous honore, et de mes biens je vous doue.*

Enfin, de même que chez les Germains, le lien se formait entre les époux par les présents réciproques [1]. De même, dans notre ancien droit, et l'église nous en a con-

[1] Tacite, *De mor. Germ.*, § 18.

servé le symbole, la constitution du douaire formait l'une des principales cérémonies du mariage [1].

C'est ainsi que, par la succession des temps, les institutions se modifient. Ce qui, autrefois, était un des plus révoltants abus du droit du plus fort, l'achat des femmes, a donné lieu, dans notre France coutumière, et sous l'influence civilisatrice des idées chrétiennes, à une mesure toute de générosité et de protection pour ce sexe réhabilité.

Sans doute on peut trouver encore dans les détails bien des différences entre la communauté de biens des lois barbares et celle des coutumes, comme on en trouve entre la communauté coutumière et celle du Code civil; mais les principes générateurs sont les mêmes. La confusion des biens sous l'administration du mari, le partage des fruits de la collaboration commune, les caractérisent toutes trois, parce que toutes trois ont leur source dans les rapports

[1] Loysel, dans ses *Institutes coutumières*, nous apprend que cette constitution de douaire se fesait à la porte de l'église, et avec ces paroles solennelles : « *et du doire te doue, qui est devisé entre mes amis et les tiens.* » D'après Tacite, il fallait également que les présents du mari fussent agréés par les parents de la femme.

On pourrait encore dire que les deux principaux caractères du douaire, qui sont la donation en usufruit et l'inaliénabilité, se trouvent en germe dans une disposition de la loi des Bourguignons de Gondebaut, qui veut que, si la femme convole à de secondes noces, elle ne jouisse de la donation nuptiale qu'en usufruit, et ne puisse, ni donner, ni aliéner aucun des biens qui la composent. (Tit. 24, p. 1.)

Enfin, il est à remarquer que, de même que dans quelques-unes de nos anciennes coutumes, le douaire n'était acquis à la femme que par sa cohabitation avec le mari, ce qui fesait écrire, dans la coutume de Bretagne : *femme gagne son douaire à mettre son pied au lit;* et dans celle de Normandie, *le douaire se gagne au coucher;* de même, chez les Germains, c'était au matin qui suivait la première nuit des noces, que se donnait le *morgengabe*.

naturels de l'association conjugale, et que, pour conserver la distinction des biens là où l'union des personnes est si intime, il a fallu, en quelque sorte, chez les Romains, une déviation des principes du droit naturel.

Aussi voyons-nous que la communauté de biens a prévalu avec des combinaisons différentes, mais toujours fondée sur les mêmes bases, dans toutes les contrées que le droit romain n'a pas régies, principalement dans toutes celles d'institution germanique[1]. Nous la trouvons établie aux Indes par les lois de *Manou*[2]; et même elle se mariait en quelque sorte avec la *manus* dans l'ancienne législation des Romains. Nous avons cité cette loi du code Papyrien, portant qu'*une femme liée à un homme par les rites sacrés, entre avec lui en participation des mêmes dieux et des mêmes biens.*

Si l'Académie daigne accorder quelques encouragements à ces premières recherches, nous pourrons, dans un autre travail, suivre parallèlement l'histoire du régime dotal et l'histoire de la communauté de biens entre époux jusqu'au sein de notre législation actuelle ; puis comparer ensemble ces deux régimes dans leurs applications pratiques, envisagées tant sous le rapport du bonheur des ménages, que sous celui de l'économie sociale. Mais que, dès à présent, il nous soit permis de constater ce résultat qui servira de point de départ à nos recherches ultérieures, à savoir que le régime dotal est né à Rome, au milieu de mœurs entièrement opposées aux nôtres, et n'a dû son existence qu'à des besoins politiques d'accroissement de population,

[1] Heineccius, lib. 1er, tit. 12, § 274.

[2] Le bien est commun au couple marié. *Digest of Hindu law*, 3—458, cité par M. Michelet, dans ses *Origines du Droit français*, p. 16.

tandis que la communauté de biens, plus conforme aux vrais principes de l'association conjugale, existait, en germe, dans l'intimité des époux, au sein des forêts de la Germanie, a été fécondée par le flambeau de la civilisation chrétienne, et n'a eu besoin, pour se développer, que de suivre la pente naturelle des lois et des mœurs.

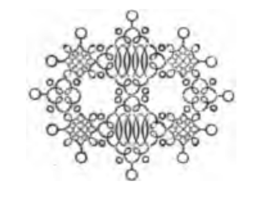
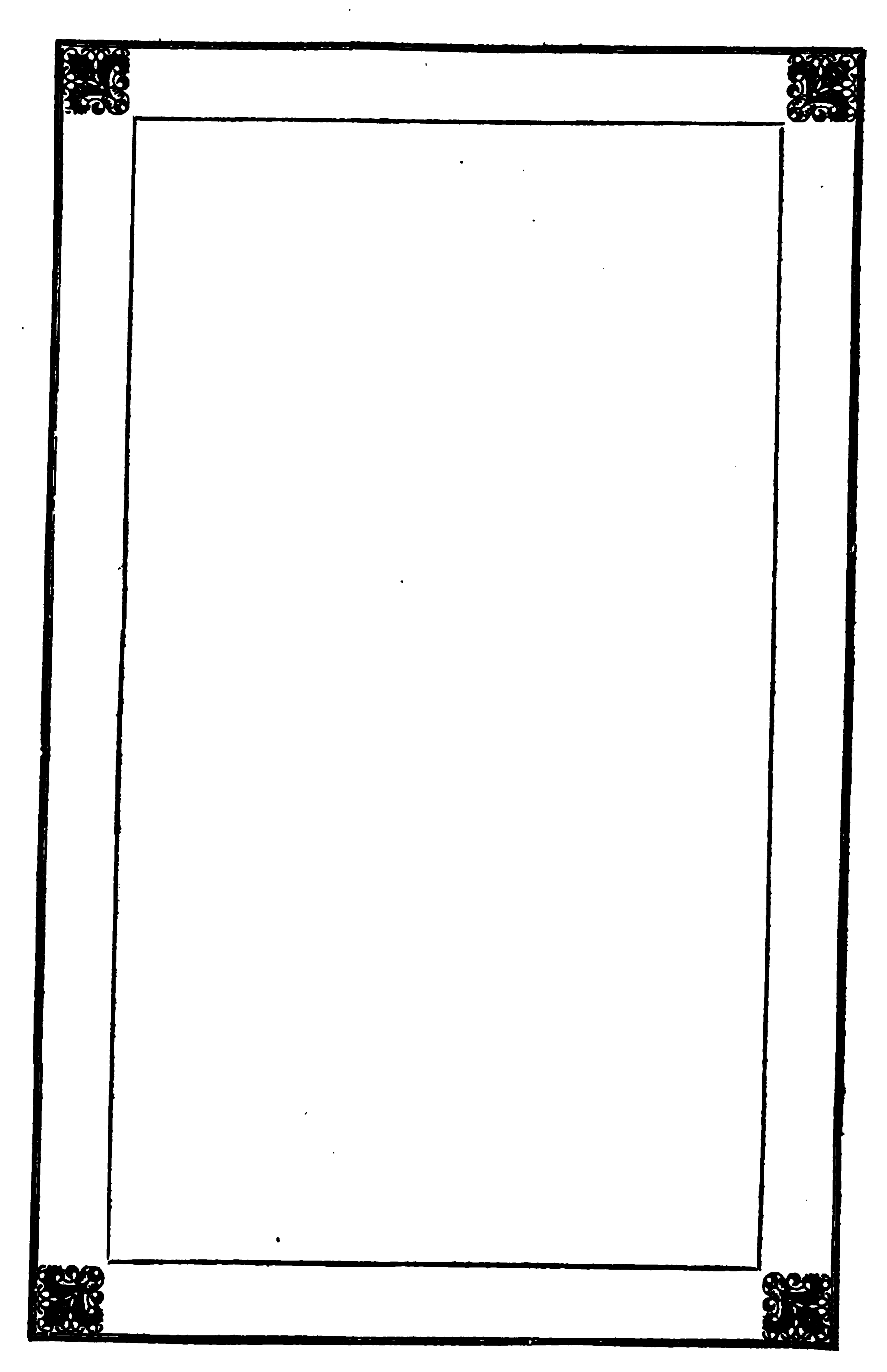


TABLE DES MATIÈRES.



DE LA DOT

SOUS LE RÉGIME

DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS,

PAR M. T. HOMBERG.

(Précis analytique des travaux de l'Académie royale de Rouen, — année 1845)

Après avoir conduit l'histoire du régime dotal jusqu'à l'époque où les législateurs du code civil se sont emparés de lui, il nous paraît à propos de revenir sur nos [illegible] amener au même point cet autre régime qui, [illegible] le code à côté du régime dotal, constitue avec lui notre statut matrimonial.

Nous avons déjà montré l'origine du régime de la communauté des biens au sein des forêts de la Germanie, là où les femmes, associées aux travaux guerriers de leurs maris, vivaient avec eux dans une intimité plus sauvage, mais plus noble et plus réelle que celle qui unissait aux citoyens de Rome ces épouses auxquelles on ne demandait que de devenir mères, dans l'intérêt de la république.

Toutefois, de cette intimité que Tacite nous dépeint sous de si séduisantes couleurs, il ne faudrait pas conclure à la communauté des biens, telle que nos lois la consacrent aujourd'hui, ni même telle que nos anciennes coutumes nous la montrent au moyen-âge.

N'oublions pas que la *Mainbournie* a succédé au *Mundium*, et que le *Mundium*, qui exprimait les droits du mari sur la femme, se vendait par le père à beaux deniers comptants. Or, on conçoit ce que devait être l'autorité du mari qui avait acheté sa femme. « Ce qu'on achète est bien à soi », a dit Martial.

Plusieurs lois barbares nous montrent encore cet achat dans toute sa crudité.

« *Si vir virginem mercetur, pretio empta sit.* » (Lex Æthelberti, 72.)

« *Uxorem ducturus* 300 *solidos det parentibus ejus.* » (Lex Saxonum, t. 6.)

Ainsi, le mari achète la femme qu'il veut épouser, et en paie le prix à ses parents. C'est une affaire qui se traite, un marché qui se conclut entre eux et lui. La femme n'y est point partie, il ne paraît même pas que son consentement soit nécessaire.

Toutefois, après la conquête, il n'en était plus ainsi chez tous les Barbares, et, dans une loi des Bourguignons, nous voyons le tiers du *Wittemon* payé par le mari à la femme elle-même. « *Puellæ quæ marito traditur..... de* « *wittemon tertiam partem accipiat.* » Tit. 66.

Nous voyons même, dans une loi des Lombards, la *Meta*, qui, comme le *Wittemon*, est le prix du *Mundium*, remise tout entière aux mains de la fiancée..... « *Et meta* « *quæ exacta fuerit sit in potestate puellæ.* » (Lex Rotharis, 78.)[1]

[1] De même, chez les Visigoths, la dot était livrée à la jeune fille. Seulement, son père pouvait se la faire remettre par elle pour la lui conserver; mais, à défaut de son père ou de sa mère, ses frères ou ses autres parents n'avaient pas le même pouvoir.

« *Dotem puellæ traditam exigendi vel conservandi ipsi puellæ habeat potestatem; quod si pater aut mater defuerint, tunc fratres vel proximi parentes dotem quam susceperint ipsi consorori restituant.* » (Lib. 3, tit. 1, § 6.)

Entre ces dernières lois et les premières, il y a toute une révolution accomplie dans la condition des femmes.

Dès que ce sont elles qui reçoivent le prix du *Mundium*, elles sont nécessairement parties au contrat.

On ne les vend plus, on ne dispose plus d'elles sans leur adhésion. Ce sont elles qui se donnent librement au mari de leur choix.

Il est vrai qu'elles se donnent pour de l'argent, mais cet argent, qu'en pourront-elles faire? Soumises, en toutes choses, à l'autorité du mari, ne sera-ce pas lui qui réglera leurs dépenses ? Ainsi, l'argent qu'il donne d'une main, il le reprendra de l'autre.

Le prix du *Mundium* se comprenait fort bien quand il était payé aux parents de l'épouse, mais il perdit toute signification, et n'eut plus de sens, le jour où il dut être payé, par le mari, à la femme elle-même, qui tombait immédiatement dans sa puissance avec tout ce qu'elle possédait.

Aussi ne demeura-t-il dans l'ancien droit qu'à l'état de symbole.

On sait qu'en France, au moyen-âge, les mariages se contractaient toujours par le sou et le denier : « *Per solidum ac denarium.* »

C'était une formule, et ce n'était rien de plus ; mais, dans cette formule, dans ce sou et ce denier de la loi salique, il est impossible de ne pas voir un souvenir de la coemption, qui constituait autrefois le mariage.

Encore de nos jours, dans les cérémonies du culte catholique, la pièce de monnaie que le futur remet à sa fiancée peut être, sans contredit, considérée comme un emblême du prix moyennant lequel il lui aurait jadis fallu l'acheter.

Au ***Mundium*** succéda la ***Mainbournie***.

Comme le ***Mundium***, la ***Mainbournie*** exprime l'ensemble des droits du mari sur la personne de la femme ; mais, entre l'un et l'autre, on aperçoit cette différence radicale que, tandis que le ***Mundium*** était évidemment créé dans l'intérêt du mari, la ***Mainbournie***, au contraire, semble n'avoir pour objet que l'intérêt de la femme elle-même, car il ne donne au mari d'autre puissance sur elle que celle dont il a besoin pour la défendre contre la faiblesse de son sexe : « *Contra sexus inopiam.* »

Aussi le ***Mundium*** était-il acheté fort cher par le mari qui voulait l'acquérir, tandis que la ***Mainbournie*** ne fut plus payée que d'un prix symbolique. Elle était gratuitement offerte au mari par la femme elle-même, qui cherchait en lui un protecteur, ayant besoin d'un guide comme le corps a besoin d'une tête. « *Sit maritus caput mulieris.* »

Mais, tandis que, chez un peuple civilisé et devenu chrétien, la dot, prix du ***Mundium***, empruntée à une institution toute barbare, et sévèrement condamnée par la religion nouvelle, perdait, tout à la fois, sa signification et sa réalité, une autre espèce de dot, dont nous allons parler, devait naturellement prendre de l'importance.

C'était un usage général, chez les Germains, que le mari fît à sa femme. le lendemain du mariage, un présent appelé le présent du matin : « ***Morgengabe.*** »

Ce présent, qui était le prix de sa virginité et de sa beauté, *pretium virginitatis*, *pretium pulchritudinis*, était toujours reçu par elle, même à l'époque où le prix du ***Mundium*** se payait à ses parents.

Il n'était pas, comme ce prix, essentiel à la validité du mariage ; et ce qui, surtout, aurait toujours dû empêcher qu'on ne les confondît, c'est que, tandis que la dot, prix du ***Mundium***, ne pouvait consister que dans des biens présents, parce que, du jour du mariage, ces biens

étaient irrévocablement acquis en pleine propriété, soit à la femme, soit à ses parents [1], le *Morgengabe*, au contraire. pouvait consister dans une certaine quotité des biens à venir du mari, c'est-à-dire de ceux qu'il laisserait à son décès [2]; car il n'était dévolu à la femme qu'autant qu'elle survivait, et en usufruit seulement, la nue-propriété en étant toujours réservée, soit aux enfants, soit aux autres parents du mari.

Son but était d'assurer l'existence de la femme, si elle devenait veuve, et d'empêcher qu'elle ne fût, après le décès du mari, chassée du manoir commun, et dépouillée des objets qu'elle avait possédés avec lui; mesure de prévoyance d'autant plus utile, d'une part, qu'elle ne lui succédait pas, et qu'elle n'avait point, pour la conservation de sa dot, les mêmes garanties que chez les Romains; puis, d'une autre, que les donations entre époux, pendant le mariage, étaient interdites.

Rien ne pouvait donc être plus convenable que d'assurer à l'épouse le droit de jouir pendant sa vie, si elle devenait veuve, d'une partie des biens immeubles de son mari; rien n'était plus propre à resserrer les liens de l'intimité entre les époux, et à faire naître parmi eux cette communauté d'intérêts si nécessaire au bonheur conjugal. Aussi, le don du matin demeura-t-il dans notre droit français.

[1] « Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit perpetualiter inconvulsum permaneat.

« II. Si autem per seriem tabularum nihil ei contulerit, si virum supervixerit quinquaginta solidos in dotem recipiat.» (L. Ripuarum, tit. 37.)

[2] « Manifesta causa est quoniam die illo quando te sponsavi, promiseram tibi dare justitiam tuam secundum meam legem in morgencap, id est, quartam portionem omnium rerum mobilium aut immobilium quas nunc habeo et inantanea habuero. »

Il y reçut d'abord le nom tout-à-fait poétique du baiser[1] dont le mari, qui le faisait après la nuit nuptiale, ne manquait jamais de l'accompagner; puis, quand l'église intervint d'une manière plus essentielle dans la célébration des mariages, elle le prit sous sa protection, et il devint la *Dot* canonique, « *dos ad ostium ecclesiæ* », constituée à la porte de l'église, et aussi indispensable que la bénédiction ecclésiastique à la validité du mariage[2] ?

Enfin, cette dot s'est appelée *Douaire* dans notre droit coutumier[3], et, sous ce nom, elle a subsisté jusqu'à la loi du 17 nivôse an 2, qui, en autorisant les donations entre époux durant le mariage, la rendait inutile.

Sans doute, entre le *Morgengabe* de la loi des Lombards et le *Douaire* de nos coutumes, bien des différences peuvent être signalées; mais ces différences ne sont pas telles, qu'on ne puisse aisément reconnaître la commune origine des deux institutions.

Ainsi, ce n'est pas, à la vérité, le lendemain des noces que le *Douaire* se constitue; c'est avant le mariage, à la porte de l'église; mais le douaire, ainsi constitué, est soumis à une condition résolutoire, et il demeure comme non avenu, si le mariage ne se réalise pas.

Sous les coutumes de Clermont-en-Beauvaisis[4], de Va-

[1] Osclum, osculum, oscleia. Ducange, IV, 1406.

[2] *Voir* les Capitulaires, et notamment le décret du Concile d'Arles. Grotius, capitul., lib. 7, cap. CV.

[3] Le *Douaire* est défini par Glanville:
« Quod liber homo dat sponsæ suæ ad ostium ecclesiæ propter « nuptias futuras et onus matrimonii et educationem liberorum « cum fuerint procreati, si vir moriatur.... » *Voir* Ducange, verbis *Dos*, *Doarium*.

[4] Article 158.

lais[1], de Chartres[2], de Dreux[3], de Château-Neuf[4], et de Normandie[5], la femme gagnait son douaire au coucher; sous celles de Ponthieux[6] et de Bretagne[7], le douaire lui était acquis dès qu'elle mettait le pied au lit pour coucher avec son mari, et nous voyons, dans les *Institutes coutumières* de Loysel, que, dans le principe, cette règle était universelle[8].

Le *Douaire* était donc encore le prix de la virginité, comme l'avait été autrefois le don du matin.

C'était encore aussi par des paroles de présent, que, sous les coutumes, le douaire se constituait[9].

La formule consacrée était celle-ci : « *Et du douaire te doue, qui est devisé entre mes amis et les tiens*[10]. »

Enfin, et c'est là surtout le caractère essentiel du *Douaire*, comme c'était le caractère essentiel du *Morgengabe*, la

[1] Article 102.

[2] Article 12.

[3] Article 43.

[4] Article 55.

[5] Article 367.

[6] Article 32.

[7] Article

[8] Article On disait jadis : « Au coucher gagne la femme son douaire. Maintenant, dès lors de la bénédiction nuptiale. » (Liv. 1, tit. 3, 9 V.)

[9] *Etudes sur les Coutumes*, par Klimrath, p. 119.

[10] Loysel, *Inst. coutum.*, liv. I, tit. 3, § 1. Dès le temps de Tacite, chez les Germains, les présents du mari devaient être agréés par les parents de la femme. (*De morib. Germ.*, § 18.)

Ce ne fut que sous le règne de Philippe-Auguste, qu'à défaut d'un douaire ainsi convenu entre les amis des époux, douaire appelé *conventionnel* ou *préfix*, on établit un douaire *coutumier* ou *légal*, qui, le plus généralement, consistait dans la moitié des biens possédés par le mari lors du mariage. (*Voir* Beaumanoir, *Coutume du Beauvaisis*, chap. 13, p. 75 et 76, et Loysel, *Inst. coutum.*, liv. I, tit. 3, § 1.

femme n'en prenait possession qu'à la mort de son mari[1], et elle n'avait que l'usufruit des biens qui le composaient. Après elle, il retournait, soit aux enfants, soit aux autres héritiers du mari[2].

Il nous reste à parler d'une troisième institution qui, à la différence du *Douaire* et du prix du *Mundium*, n'a jamais été appelée *Dos* dans l'ancien droit, et qui est cependant la seule que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de *Dot*.

Assurément, nos ancêtres nous paraissent bien barbares, quand nous songeons que, chez eux, le mariage était un achat, et que la femme était vendue par son père à son mari; mais, eux, qu'auraient-ils pensé de nous, s'ils avaient prévu l'époque où un père serait obligé de donner beaucoup d'argent à sa fille, pour qu'un mari veuille bien la lui prendre?

Ce n'est pas à dire, cependant, que l'usage de doter les filles leur fut tout-à-fait inconnu.

Nous le trouvons en germe dès le temps des Germains; mais ce que la femme apportait alors au mari était bien peu de chose en comparaison de ce que le mari donnait aux parents de la femme, et, sous les coutumes encore, la donation du mari, le douaire, jouait le principal rôle. C'était, comme le fait justement observer M. Laboulaye[3], le contrepied des idées romaines.

Quand Tacite décrit les mœurs des Germains, après avoir mentionné la dot offerte par le mari à la femme, il

[1] C'est ce qui faisait dire sous l'ancien droit : « *Jamais mari ne paya douaire.* » (Loysel, *Inst. coutum.*, liv. I, tit. 3, § 6.)

Tant que la femme vivait, le douaire s'appelait *Douaire égaré;* et il devenait *caduc*, si elle mourait avant son mari (*Id.*, § 37.)

[2] *Voir* Pothier, *du Douaire*, part. 1, ch. 5.

[3] *Histoire de la propriété foncière en Occident*, lib. 9, ch. 8.

ajoute : « *Atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert* »[1], et, de son côté, celle-ci offre à son mari quelques armes.

Plus tard, cette dot prit le nom de *Faderfium* (Vadersfels), ce qui signifiait les troupeaux du père[2]. Avant la conquête, des armes et des troupeaux faisaient la seule richesse des Germains encore nomades.

Quand ces Barbares se furent partagé le sol conquis par leurs armes, le père ou le frère, en mariant sa fille ou sa sœur, put lui donner, à titre de légitime, quelques immeubles, pour lui tenir lieu de ses droits au patrimoine de la famille qu'elle quittait[3]. Le *Faderfium* des lois barbares a pris, dans les chartes du moyen-âge, le nom de *Maritagium*, d'où sont venus les mots *Mariage*, *Mariage-avenant*, usités dans nos coutumes.

Le *Mariage-avenant* des coutumes était, comme le *Faderfium*, un avancement d'hoirie qui, ne consistât-il que dans *un clapel de roses*[4], enlevait à celle qui l'avait reçu tous droits à la succession paternelle[5].

Disons maintenant quels étaient les droits du mari sur ces biens apportés par la femme.

Chez les Germains, et comme conséquence du *Mundium*, ils étaient absolus[6]. Il était assez naturel que le mari eût

[1] § 16.

[2] Heineccius, *Elementa juris germanici*, tit. *de Dotibus*, § 224.

[3] « Si pater filiam suam aut frater sororem suam legitimam alii ad maritum dederit : in hâc sibi sit contenta de patris aut fratris substantiâ, quantum pater in die nuptiarum dederit et amplius non requirat. »

[4] Expression usitée dans diverses coutumes, notamment dans celles d'Anjou, du Maine, de Ludunois, etc.

[5] Voir Merlin, *Rep. de Jurisp.*, verbo *Mariage avenant*.

Aujourd'hui, la femme dotée par ses parents, vient néanmoins à leur succession, mais elle y rapporte ce qu'elle a reçu.

[6] « *Quæçumque mulier burgundia vel romana voluntate suâ ad maritum ambulaverit, jubemus ut maritus ipse facultate ipsius*

sur les biens de sa femme les mêmes pouvoirs que sur sa femme elle-même; mais, quand il ne fut plus maître absolu de la personne, il n'eut plus la propriété des biens, et ses droits, durant le mariage, se réduisirent à ceux d'une simple administration.

La femme demeurait donc propriétaire des biens qu'elle avait apportés à son mari; mais pouvait-elle en disposer sans son aveu? Non sans doute [1], car la *Mainbournie* donnait à celui-ci des droits à leur jouissance, qui devaient être respectés [2].

Le mari, de son côté, ne pouvait aliéner ces biens sans le consentement de sa femme, et, s'il s'était permis de le faire, la vente était nulle, comme est toujours nulle la vente de la chose d'autrui.

Disons, toutefois, qu'il y avait une exception à faire pour les meubles. Ils tombaient dans la communauté, et, à ce titre, le mari, comme maître de la communauté, avait droit d'en disposer.

La raison de cette différence est facile à saisir; d'abord, les meubles n'ont pas de suite comme les immeubles, et la règle, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, doit être aussi ancienne que le droit, car elle est fondée sur la nature même des choses. D'un autre côté, le droit d'administrer a dû aussi, de tout temps, entraîner le droit de disposer du mobilier, car la nature des choses le veut encore ainsi.

mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat. » Add. ad Leg Burg., tit. 13.

[1] « Nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius in cujus mundio fuerit habeat potestatem donandi aut alienandi. » (*L. Rotharis*, p. 205.)

[2] Les maris ont puissance sur leur personne; aussi l'ont-ils, à plus forte raison, sur leurs biens. Loyseau: *Du Déguerpissement*, liv. 2, chap. 4, nº 7.

Mais, à la dissolution du mariage, les droits du mari, conséquence du *Mundium* ou de la *Mainbournie*, venant à cesser, ceux de la femme reparaissaient [1], et comme ses meubles avaient été confondus avec ceux de son mari sous l'administration de ce dernier, il était tout simple qu'elle prît une part dans la masse composée des uns et des autres.

Autrefois, si un immeuble, propre à un des époux, était vendu pendant le mariage, les deniers qui provenaient de l'aliénation, tombant comme chose mobilière dans la communauté, étaient, à la dissolution du mariage, et comme conséquence de ce que nous venons de dire, partagés entre les époux.

De là était venu ce vieil adage que Loysel nous a conservé : *Le mari doit se relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme.*

Il y avait effectivement à cela tout profit pour lui, car il n'aurait point partagé l'immeuble, et il partageait le prix.

Pour remédier à cet état de choses qui, outre l'abus que le mari pouvait faire de son influence sur sa femme, avait l'inconvénient de faciliter entre les époux des avantages indirects, alors sévèrement prohibés, les coutumes et les arrêts établirent que, si le propre de l'un des époux venait à être vendu pendant le mariage, cet époux devenait créancier, sur la communauté, du prix total de l'aliénation, et pouvait, lorsque la communauté se liquidait, prélever ce prix avant tout partage.

Rien n'était assurément plus rationnel et plus équitable; mais il fallait un corollaire.

[1] Dumoulins a défini ainsi la position de la femme pendant le mariage : « *Non est proprie socia sed speratur fare* » ; et un autre commentateur de la Coutume de Normandie a dit du mari : « *Vivit dominus, moritur socius.* »

De même qu'il pouvait arriver qu'un immeuble propre à l'un des époux se convertît en deniers, il pouvait arriver aussi que les deniers appartenant à la communauté fussent employés à l'acquisition d'un immeuble. C'était ce qu'on appelait faire un *acquêt*. N'était-il pas juste, alors, que cet immeuble, cet acquêt, tombât dans la communauté, comme y étaient tombés les deniers qui avaient servi à l'acquérir ?

Cela était d'autant plus équitable, que, si la communauté s'était enrichie, la femme y avait nécessairement contribué. Car les femmes n'ont jamais vécu, en France, comme nous avons dit qu'elles vivaient autrefois chez les Romains, en dehors des habitudes et des occupations de leurs maris.

Si le mari est ouvrier, la femme travaille avec lui. S'il est commerçant, elle tient ses écritures, et souvent prend une part aussi active que la sienne dans la gestion de ses affaires. Enfin, s'il est spéculateur, il est bien rare qu'elle ne soit pas consultée ; elle est toujours, au moins, chargée des dépenses journalières et de la direction du ménage ; l'ordre et l'économie qu'elle y apporte influent puissamment sur l'augmentation de l'avoir commun. Elle a donc droit de partager avec son mari les *acquêts* de la communauté, puisqu'ils sont les fruits de sa collaboration.

Mais si, au lieu d'avoir prospéré, la communauté s'est ruinée, s'est endettée, la femme qui, dans le premier cas, aurait pris part au bénéfice, sera-t-elle indéfiniment tenue aux dettes ?

Non. Ici la loi vient à son secours, et c'est encore de toute équité ; car le mari était le chef de la communauté, c'est lui qui l'a gérée et administrée, c'est lui qui, comme maître, a pu, malgré les conseils de sa femme, malgré ses prières, compromettre, par des spéculations imprudentes, ou dissiper, au gré de ses passions, la fortune

confiée à ses soins. Serait-il juste que la femme subît, sans restriction, les conséquences d'une association malheureuse à la conduite de laquelle elle n'a pris aucune part?

Les auteurs[1] enseignent que ce fut à l'époque des croisades, lorsque les gentilshommes contractaient des dettes considérables pour leurs voyages d'outre-mer, que, pour la première fois, on comprit l'inconvénient que nous venons de signaler, et que, pour y remédier, on permit, d'abord aux veuves des croisés, puis, plus tard, à toutes les autres femmes, nobles ou roturières[2], de se soustraire au paiement des dettes contractées par leurs maris, en renonçant à la communauté, c'est-à-dire en faisant l'abandon de tous les meubles et acquêts auxquels elles pouvaient avoir droit en leur qualité de femmes communes. « Et ont d'usaige, dit le *Grand-Coutumier*[3], si comme le « corps est en terre, de getter leur bourse sur la fosse, et « de ne retourner à l'hostel où les meubles sont, mais « vont gésir autre part, et ne doivent emporter que leur « commun habit, sans autre chose, et elles et leurs « héritiers sont quittes, à toujours, des dettes. »

Ainsi, la femme, en associant sa fortune à celle de son

[1] Voir Loysel, l. 1, tit. 2, n° 10; le *Grand Coutumier*, l. 1, f° 83; Pothier, *De la Communauté*, part. 3, n° 2, art. 2.

[2] Le droit de renoncer à la communauté n'avait, d'abord, été accordé qu'aux femmes nobles; c'est ce qui résulte de l'art. 115 de l'*ancienne Coutume de Paris*, qui porte: « Il est loisible à une femme noble, extraite de noble lignée, et vivant noblement, de renoncer, si bon lui semble, après le trépas de son mari, à la communauté, etc. »

Depuis, la *Jurisprudence des Arrêts* a étendu ce droit à toutes les autres femmes, nobles ou non nobles, et elle l'a même rendu commun à leurs héritiers, par arrêt du 15 avril 1567 (Pothier.)

[3] Liv. 1, f° 83, les formalités dont il est ici question ont, depuis, été remplacées par l'inventaire au moyen duquel la femme doit, après le décès de son mari, faire constater l'avoir de la communauté.

mari, en lui confiant l'administration de ses biens, la direction des affaires communes, se réserve de profiter des bénéfices de l'association, si l'association prospère, sans avoir à en supporter les pertes, dans le cas où elle serait désastreuse.

Le régime dotal ne lui donne pas les mêmes avantages.

Sous ce régime, son mari aura eu également l'administration de ses biens, la jouissance de ses revenus; mais si cette administration et cette jouissance ont amené quelques économies, elle n'y aura aucun droit. En vain aura-t-elle contribué à ces économies par l'ordre qu'elle aura apporté dans la conduite du ménage; en vain, même, se sera-elle imposé de dures privations, il lui faudra voir, à la dissolution du mariage, les héritiers du mari emporter le fruit de ses épargnes, s'installer à sa place dans la maison acquise du produit de la collaboration commune, et la dépouiller de tout le mobilier acheté pendant le mariage. Qu'on lui rende ce qu'au jour de ses noces elle avait apporté en dot à son mari, et elle n'aura rien de plus à réclamer.

Il est vrai que, si son mari était un dissipateur, si elle s'est associée à ses dilapidations, si, pour subvenir à de folles dépenses, dont elle prenait sa part, elle a vendu ses biens dotaux, malheur aux tiers qui, trompés par ses paroles, séduits par ses promesses, se seront rendus acquéreurs; elle pourra se rire des engagements qu'elle aura pris avec eux, faire révoquer les aliénations, et rentrer en possession de biens dont le prix aura déjà été reçu et consommé dans son ménage; puis, riche encore d'une fortune ainsi recouvrée, ou bien elle abusera de la supériorité de sa position pour humilier celui que la nature, la religion et la loi lui avaient donné pour guide et pour maître; ou bien, l'associant à son bien-être, elle lui donnera le moyen d'insulter à la misère des pauvres créanciers dont ils auront, ensemble, concerté la ruine.

Telles sont les conséquences du régime dotal, désastreuses pour le couple économe et rangé, qu'il paralyse souvent de la façon la plus désespérante dans la sage administration de sa fortune, et offrant au ménage dissipateur une ressource assurée contre la misère, aux dépens des tiers, trop souvent et trop facilement trompés.

Revue pratique de droit franç. 4e année. t. VII, 1859.

DE LA COMMUNAUTÉ

CHEZ LES GAULOIS

Je commence cette étude avec un assez vif sentiment de crainte. J'y vais produire un système (à ma connaissance) entièrement nouveau, contraire à celui d'hommes investis d'une juste autorité dans la science. Il ne faut pas moins qu'une conviction ancienne et profonde, l'importance du sujet et sa réapparition dans un savant écrit (1), pour vaincre mes perplexités.

I.

Ce sujet est le célèbre passage des Commentaires de César (2), dont on a inféré l'usage de la communauté conjugale chez nos pères les Gaulois ; passage que je demande la permission de traduire d'abord dans le plus simple mot à mot :

Viri, quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine,
Les hommes, autant de valeurs que des épouses, à titre de dot,

acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione factâ,
ils ont reçues, autant de leurs biens, d'après une estimation,

cum dotibus communicant ; hujus omnis pecuniæ
confondent avec les dots ; de tout cet avoir

(1) *Du régime nuptial chez les Gaulois*, par M. G. Humbert (*Rev. histor. de droit français et étranger*, 1858, p. 517).

(2) *De bello gallico*, VI, 19.

conjunctim ratio habetur, fructusque servantur;
conjointement la gestion se fait, *et les fruits* se gardent;
uter eorum vitâ superârit, ad eum pars utriusque
qui des deux aura survécu, à lui la part de l'un et de l'autre
cum fructibus superiorum temporum pervenit.
avec les fruits des temps antérieurs advient.

Il n'y a difficulté que pour ma seconde phrase, où je m'éloigne de cette interprétation donnée aux expressions *conjunctim ratio habetur fructusque servantur* : le *compte* est fait et les fruits sont *mis en réserve*.

Voici les raisons grammaticales et les considérations logiques qui me décident à présenter une explication différente, et, pour partie, diamétralement opposée.

Conjunctim ratio habetur ne saurait être, ce semble, entendu, n'a sans doute été entendu par personne, dans le sens si restreint d'un compte initial, d'un inventaire unique, d'une pure supputation du montant des apports respectifs. L'estimation préalable y avait pourvu et ne laissait, tout au plus, à faire que le doublement d'un chiffre.

Or, la mention d'un pareil point serait, dans les Commentaires, quelque chose d'assez étrange. Ne va-t-il pas de soi que les nouveaux époux tenaient à constater et constataient la somme de leur avoir commun?

Mais ce qui doitavoir été indiqué en cet endroit, sous peine de maladresse (peu supposable chez Jules César, une des plus puissantes et plus nettes intelligences qui se soient jamais révélées), c'est l'emploi, le fonctionnement du même avoir, le mode dans lequel il donnait les *fruits* signalés immédiatement à l'attention du lecteur.

Un autre sens, aussi classique d'ailleurs, celui de *livre de compte*, de *comptabilité*, de *gestion* enfin, vient donc s'imposer directement à l'esprit, dès qu'il veut se faire une idée exacte de la position des mariés.

Dans bien des cas, sinon dans la plupart, les apports mis en commun épuisaient leurs ressources acquises. La richesse, le superflu forment ici-bas une heureuse mais assez rare exception. C'était au moyen des fruits de la masse obtenue qu'ils

pourvoyaient à leur subsistance. Et ces fruits, qu'on y songe, presque toujours industriels dans des temps reculés, chez un peuple pasteur et agricole, qui connaissait peu la circulation financière, à coup sûr, ces fruits ne devaient-ils pas résulter de soins laborieux et incessants, en d'autres termes, d'une *gestion* formelle et continue ?

Conjunctim se relie forcément à *fructusque servantur*. Et si l'on prend le change à cet égard, c'est qu'on se préoccupe beaucoup trop de la virgule précédant *fructus*, virgule plus que surabondante, violant les règles de la ponctuation et, selon toute apparence, interpolée, apocryphe. Je la dénonce à l'Université, comme *séparant ce que César a uni* par la conjonction *que*.

Mais, en attendant l'arrêt, il faut démontrer, toutes choses tenant état.

« .....; *hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur,*
« *fructusque servantur*;.....

On reconnaîtra sans contestation que *fructusque servantur* se combine intimement avec *hujus omnis pecuniæ*, et n'en peut être détaché par la pensée, sans perdre toute valeur certaine, sans devenir inintelligible. Aussi les commentateurs, annulant de fait le signe malencontreux, prennent-ils grand soin, dans leur version, de viser cette combinaison en termes explicites et identiques. Pourquoi donc isolent-ils l'expression *conjunctim* ? Ne doit-elle pas entrer dans le groupe *forcément*, comme je l'avance, de par sa position même ? Ne fait-elle pas suite indistincte à *hujus omnis pecuniæ*, qui se trouve, par là même, et plus éloigné qu'elle de *fructusque servantur*, et tout aussi exclu par le susdit signe ?

Pardon pour ces remarques vétilleuses et abstraites, pour ces arides longueurs. Nous allons quitter la phraséologie, donner le pas aux choses sur les mots. Mais il y aurait conscience à négliger le moindre adminicule de preuve dans une matière si intéressante, si controversée.

Qu'on me permette donc d'en demander encore un dernier à la théorie du langage.

Exilons pour quelques instants l'ennemi de la concorde générale, l'accusé virgule :

« *Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructus-*
« *que servantur.* »

N'avons-nous pas beaucoup mieux qu'auparavant? une construction aussi expressive qu'élégante? une marche aussi ferme qu'harmonieuse? une pensée jaillissant du moule toute d'une pièce et toute finie dans sa complexité? *vim Cæsaris* enfin, comme disait Cicéron?

Les choses maintenant! L'association, plus haut constituée, prospère dans une certaine mesure. Partie des produits devient disponible. Au début, c'est un succès presque anormal.

Suivant l'interprétation adverse, on mettait alors *en réserve*.

— Quoi? des denrées alimentaires, du bétail naissant, du minerai brut ou travaillé, etc., etc.

— Pour combien de temps? Pour un demi-siècle peut-être et plus.

— Où? dans des locaux sans cesse étendus avec de grandes dépenses, lesquelles étaient prélevées, non sur les fruits (*mis en réserve*), mais sur quelque capital à imaginer?

Les Gaulois étaient cependant l'une des nations les plus intelligentes de la terre, doués d'une remarquable activité, parvenus, lors de la conquête, à une opulence proverbiale (1).

Comment donc concevoir l'existence, au sein d'une telle société, de cet usage irrationnel, impraticable, désastreux pour elle comme pour les individus?

Supposer que la *mise en réserve* avait lieu sous une forme différente, en numéraire provenant de la vente des fruits, ne paraît guère plus acceptable. La manie de thésauriser, la manie des cachettes, de l'enfouissement, passa-t-elle jamais, chez tout un peuple, à l'état d'endémie perpétuelle?

Condit opes alius defossoque incubat auro :

voilà le rôle bizarre qu'une coutume aurait imposé à nos industrieux ancêtres!

On peut se dire, il est vrai, que sans doute l'argent était employé soit en placements à intérêts, soit en immeubles.

Mais, à part la question des facilités, est-ce donc là une *mise en réserve?* N'est-ce pas plutôt une véritable réexploi-

(1) *Histoire des Gaulois*, par Amédée Thierry, t. 2.

tation, entourée des risques nombreux qui accompagnent toute transformation, toute négociation de valeurs ?

Et puis le texte, car il faut toujours y revenir malgré soi, n'autorise en rien l'hypothèse de ces agissements géminés.

Que de choses seraient donc cachées sous le mot *servantur*, chargé de la suppléance !

En revanche, donnez-lui sincèrement sa portée naturelle, de situation : l'inextricable embarras va tomber à l'instant même.

— Naturelle : il n'éveille par lui-même qu'une idée de *conservation*, de *garde*. Il n'est point le synonyme, mais bien l'opposé quelquefois, de *seponuntur* (*sont mis de côté*), qu'on lui a substitué jusqu'ici mentalement et pour sortir de gêne.

— De situation : il s'applique aux fruits de la masse commune. *Conserve-t-on*, *garde-t-on* un objet, sans s'être trouvé d'abord en corrélation, en *assimilation* plus ou moins étroite avec lui?

Or la masse commune n'a-t-elle pas le privilége exclusif de cette *assimilation* avec les fruits qu'elle enfanta ?

Donc, elle seule peut les *conserver*, les *garder* en propres termes et dans la vérité des choses.

II.

Par tout ce qui précède, je suis conduit, j'ose me croire fondé, à proposer comme explication définitive :

« Autant de valeurs les maris ont reçues de leurs femmes,
« à titre de dot, autant ils apportent de leurs propres biens.

« L'égalité se constate par une expertise.

« Les deux apports sont réunis pour former une masse
« commune, laquelle est indivisément administrée.

« Les fruits n'en deviennent pas propres pour moitié à
« chacun des conjoints, mais grossissent le capital de la masse
« au fur et à mesure de leur production.

« Le tout appartient au survivant. »

Que cette explication soulève à peine le voile jeté par les siècles sur les usages nuptiaux de la Gaule, rien n'est malheureusement plus incontestable. Combien de problèmes encore elle laisse à la sagacité laborieuse des érudits !

On appréciera néanmoins l'importance des résultats qui (si je n'ai fait fausse route) seraient acquis à la science dès aujourd'hui même.

Tout doute sur le lieu d'origine de la communauté conjugale devient impossible. C'est bien notre sol qui revendique l'honneur d'avoir montré au monde ce régime si empreint de moralité et de spiritualisme, en sympathie si profonde avec le caractère du lien grave, étroit, perpétuel, dont il gouverne l'existence.

Les deux avoirs confondus dans une propriété commune, exploités ensemble au profit mutuel des époux : voilà bien une communauté.

Je dis *mutuel*, dans deux acceptions diverses à la fois : 1° en ce que l'un et l'autre bénéficiaient de l'augmentation de leur propriété éventuelle, c'est-à-dire des acquêts ; 2° en ce que cette augmentation contribuait aussi à leur présent bien-être.

Car, en fait d'emploi des fruits, gardons-nous de prendre les choses au pied de la lettre. Nous retomberions dans les impossibilités. Gardons-nous, dis-je, de croire qu'il fût simplement d'enrichir le survivant.

Les fruits devaient servir, servaient, en premier ordre, à l'entretien de la famille et à l'établissement des enfants, lorsque le fonds commun composait toutes les facultés des associés.

Au cas contraire, en était-il de même ? Dans quelle proportion ? Questions qui, pour le moment, restent insolubles.

Mais ceci mène à parler sans retard des *propres* respectifs.

Nous avons vu l'homme ne mettre ses biens dans la communauté qu'au prorata des valeurs qu'il avait reçues. En conséquence, l'excédant gardait pour lui nature de *propres*, comme aujourd'hui nous disons.

A plus forte raison, ce qu'il acquérait pendant le mariage par succession, donation ou autre cause purement personnelle.

Quid de la femme ?

Il était, sinon usuel, du moins loisible, on n'a aucune raison d'en douter, qu'elle ne réunît pas tous ses biens présents à la masse commune. D'autre part, ses acquisitions ultérieures, aux divers titres sus-mentionnés, ne s'y confondaient pas davantage.

croyable, que l'administration de la communauté était soumise à des principes reconnus et fixes? qu'il y avait un droit constitué, suivi, sur les propres, sur le paiement des dettes, sur tous les points dont la pratique avait eu journellement à s'occuper? Jamais usage mal défini dans ses errements et ses suites inséparables n'aurait subsisté chez une « race spirituelle, vive, ouverte à toutes les impressions de l'esprit, » comme la dépeint avec justesse l'historien auquel nous avons plusieurs fois recours (1).

Puisse quelque fortuné hasard ou l'exploration continue des sources scientifiques venir substituer de formels enseignements à ces probabilités!

Abîmée sous le double cataclysme des invasions romaine et franque, cette civilisation celtique, aussi difficile qu'importante à exhumer, éveille justement la noble activité des habiles. Souhaitons et espérons leur triomphe; n'ont-ils pas déjà restitué des phases bien plus antiques de l'humanité (2)?

(1) M. Amédée Thierry, t. 3, p. 320.

(2) En terminant, je fais une découverte plus réelle que celle dont je me suis jusqu'ici prévalu. M. Tailliar, conseiller à la Cour impériale de Douai, mon ami, à qui je communique mon système, pour réponse me place sous les yeux un sien ouvrage imprimé en 1852, sous ce titre : *Essai sur l'Histoire des institutions du nord de la France*, où il exposait (chap. 4, nº 59) la même opinion. Heureux de cette nouvelle solidarité et pensant, comme lui, que mon opuscule, dont l'objet est plus spécial et le mode tout autre, peut encore figurer utilement parmi les recherches éditées sur la matière, je persiste dans l'intention de le publier.

C'est le cas, ou jamais, de redire :

Habent sua fata libelli!

L. DORLENCOURT,

Juge au tribunal civil de Douai.

16°

PRÉCIS HISTORIQUE

DE L'ORIGINE ET DU DÉVELOPPEMENT

DE LA

COMMUNAUTÉ DES BIENS

ENTRE ÉPOUX

PAR

K. D'OLIVECRONA

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ ROYALE D'UPSAL

CHEVALIER DE L'ORDRE ROYAL DE L'ÉTOILE POLAIRE

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE

RUE DES GRÈS, 7, ET RUE TOULLIER, 1

1866

PRÉCIS HISTORIQUE

DE

L'ORIGINE ET DU DÉVELOPPEMENT

DE LA

COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX.

(Extrait de la *Revue historique de droit français et étranger*, numéro de juillet-août 1865.)

PARIS. — TYPOGRAPHIE HENNUYER ET FILS, RUE DU BOULEVARD, 7.

2nd copy 6

PRÉCIS HISTORIQUE

DE L'ORIGINE ET DU DÉVELOPPEMENT

DE LA

COMMUNAUTÉ DES BIENS

ENTRE ÉPOUX

PAR

K. D'OLIVECRONA

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ ROYALE D'UPSAL

CHEVALIER DE L'ORDRE ROYAL DE L'ÉTOILE POLAIRE

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE

RUE DES GRÈS, 7, ET RUE TOULLIER, 1

1865

AVANT-PROPOS.

En 1851 parut la première édition de mon *Traité de la communauté des biens entre époux d'après les lois de la Suède* (titre suédois : *Om lagbestämd Giftorätt*). L'accueil favorable fait à cet ouvrage et les éloges dont il fut l'objet de la part des juges compétents, m'engagea à en donner une seconde édition, avec modification du titre (*Om makars Giftorätt i Bo*). Cette édition fut augmentée de plusieurs chapitres et soumise à une révision complète.

L'ouvrage suédois est divisé en deux parties, dont la première contient un aperçu historique du développement de la communauté des biens entre époux, et la seconde une exposition du régime de cette communauté d'après le droit suédois actuel. C'est la première partie qui, augmentée d'un chapitre final, paraît maintenant en traduction française.

La communauté des biens entre époux est assurément l'une des institutions qui offrent le plus d'intérêt dans des recherches sur l'histoire du droit. Son origine purement germanique a été mise en question et même niée. Mais on n'a jamais contesté, ce qui serait du reste impossible, l'importance de cette institution dans l'histoire de la civilisation. C'est pour contribuer, autant qu'il est en mon pouvoir, à résoudre la question de l'origine, du développement et de l'importance du régime de la communauté des biens entre époux, ainsi que pour montrer la concordance que présentent à son égard, dans certains principes, les lois des Germains du sud et celles des peuples scandinaves, que

je soumets ce précis au jugement des personnes compétentes en dehors des limites de ma patrie.

L'illustre auteur de l'*Histoire du droit français*, M. Laferrière, membre de l'Institut, dont non-seulement la France, mais encore tous les amis de la science du droit déplorent la mort prématurée, m'avait engagé, par lettre, en 1860, à donner une traduction française de la partie de mon livre traitant du développement de la communauté des biens d'après les anciennes lois scandinaves. Il m'offrait même, si je n'étais pas disposé à faire traduire toute la partie historique, d'en insérer quelques chapitres dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*.

M'appuyant sur les offres de cet homme distingué, dont j'avais eu l'honneur de faire la connaissance personnelle pendant un séjour à Paris en 1857, je me décidai à faire traduire la partie historique en son entier. En 1861, pendant un nouveau séjour à Paris, j'entrai en connaissance avec M. A. Durand, qui se chargea d'être l'éditeur de l'ouvrage, dont la traduction est due à M. Jules-Henri Kramer, licencié ès lettres de l'Académie de Neufchâtel en Suisse, actuellement domicilié à Stockholm.

Des recherches historiques sur la communauté des biens entre époux ont été faites, dans ces derniers temps, avec le plus grand succès en France, par de savants jurisconsultes et des écrivains distingués, comme Pardessus, Laferrière, MM. Kœnigswarter, Ginoulhiac, Troplong et Laboulaye, lesquels ont traité la matière avec une sagacité et une érudition toutes spéciales. En Allemagne, Gans et les germanistes célèbres, MM. J. Grimm et Mittermaier ont soumis, pour parvenir à la connaissance de la vérité, les anciennes sources du droit germanique aux études les plus profondes et les plus sérieuses.

Pleinement convaincu que l'on ne peut atteindre le but désiré sans des *études comparatives* comprenant aussi les *sources juridiques du Nord scandinave*, j'ai désiré y apporter aussi ma contribution, quelque faible qu'elle soit. Ce n'est pas seulement pour la chose en elle-même, c'est encore dans l'espérance d'a-

mener les jurisconsultes étrangers à s'occuper des lois de ma patrie un peu plus que ce n'a été le cas jusqu'ici.

Dans les notes placées sous le texte, j'ai cité les sources ordinairement en reproduisant leurs propres termes. Le lecteur est de la sorte en mesure de contrôler l'auteur et de se faire une opinion propre, sans avoir besoin de chercher pour chaque fois des sources que du reste il n'est pas toujours facile de se procurer.

Enfin, que l'on me permette de donner la liste des éditions des anciennes lois scandinaves dont je me suis servi.

Ce sont :

a. *Lois islandaises.*

La *Grágás* (douzième siècle), publiée par M. *Schlegel*. Copenhague, 1829, I, II, avec une traduction en latin et un glossaire de M. *Sveinbjörnsson*.

La loi dite *Járnsída* (1258-72), publiée par M. *Sveinbjörnsson*. Christiania, 1846, avec traduction et glossaire en latin.

La loi dite *Jonsbok* (1280), publiée en danois par *Thorhallesen*. Copenhague, 1763.

b. *Lois norvégiennes.*

La loi dite de l'*Eidsivathing* (Droit ecclésiastique, *Christen retr).*

La loi dite du *Borgarthing*.

La loi dite du *Frostathing* (du commencement du treizième siècle).

Les deux lois dites du *Gulathing* (l'*ancienne,* du milieu du douzième siècle ; la *nouvelle* ou *Nouvelle Landslag*).

(Loi des campagnes, de 1274).

Les deux lois dites de *Bjarkö* (lois des villes : l'*ancienne*, du milieu du treizième siècle ; la *nouvelle*, de 1276).

Toutes ces lois ont été publiées dans la *Collection des anciennes lois norvégiennes* (*Samling af gamle norske love*), de MM. *Munch* et *Keiser*. Christiania, 1846-48, I-III).

Le *Code de Christian IV* (1604), publié par MM. *Hallager* et *Brandt*. Christiania, 1856.

Le *Code* (encore en vigueur) *de Christian V* (1687 ; imprimé la même année à Copenhague).

c. *Lois danoises.*

L'ancienne loi de Séland, dite *de Waldemar* (*Waldemars Sjellandske lov*).

La nouvelle loi de Séland, dite d'*Eric* (*Eriks Sjellandske lov*).

La loi de *Jutland*, dite de *Waldemar II* (*Waldemars Judske lov*), (1241).

Les lois des villes danoises.

Toutes ces lois ont été publiées par M. *Kolderup-Rosenvinge* dans la *Collection des anciennes lois danoises* (*Samling af gamle Damske love*). Copenhague, 1821-1846, I-V.

Le *Code* (encore en vigueur) *de Christian V* (1683; imprimé à Copenhague, même année).

d. *Lois suédoises.*

Les deux lois de *Westrogothie* (*äldre och yngre Vestgötalagen*), l'*ancienne*, du commencement du treizième siècle; la *nouvelle*, de la fin du même siècle.

La loi *d'Ostrogothie* (*Östgötalag*), de la fin du treizième siècle.

La loi de l'île de *Gotland* (*Gotlandslag*), de la fin du treizième siècle.

La loi *d'Upland* (*Uplandslag*), de 1296.

La loi de *Sudermanie* (*Södermannalag*), de 1327.

L'*ancienne* et la *nouvelle* loi de *Westmanland* (*äldre och yngre Westmannalag*), du commencement du quatorzième siècle.

La loi de *Helsingland* (*Helsingelag*), 1320-1347.

La loi de *Scanie* (*Skånelag*), 1203-12.

Lex Scaniæ antiqua, latine reddita per Andream Sunonis (1206-15).

La loi de *Småland* (*Smålandslag*), du commencement du quatorzième siècle.

L'*ancienne loi des villes* (*Björköa Rätt*), de la fin du treizième siècle.

L'*ancienne loi des villes de Scanie* (*Skånska Stadslagen*), de la fin du treizième siècle.

La loi de l'ancienne ville hanséatique de Wisby, île de Gotland (*Wisby Stadslag*), du milieu du quatorzième siècle.

Toutes ces lois ont été publiées par M. *Schlyter*, dans la *Collection des anciennes lois suédoises* (*Corpus juris sueo-gotici antiqui*). Stockholm, Upsal et Lund, 1827-59, I-IX, avec glossaire en latin.

L'*ancienne loi des campagnes*, dite *de Magnus Eriksson* (*Magni Erikssons Landslag*), de 1347. Cette loi a été publiée à Lund, en 1862, par M. *Schlyter* (*Corpus juris sueo-gotici antiqui*, X).

La nouvelle loi des campagnes, dite de *Christophe* (*Christophers Landslag*), de 1442; publiée par *Abrahamsson*, Stockholm, 1726.

La nouvelle loi des villes, dite de *Magnus Eriksson* (*Magni Erikssons Stadslag*), de ~~1347-65~~; publiée par *Arnell*. Stockholm, 1730.

Upsal, en juillet 1864.

K. d'Olivecrona.

ABRÉVIATIONS.

A. L. B. Ancienne loi du Borgarthing.
A. L. V. N. Ancienne loi des villes norvégiennes.
A. L. W. Ancienne loi de Westrogothie.
A. L. W:d. Ancienne loi de Westmanland.
L. C. Chr. Loi des campagnes de Christophe.
L. C. M. E. Loi des campagnes de Magnus Erichsson.
L. F. Loi du Frostathing.
L. G. Loi de Gotland.
L. G:g. Loi du Gulathing.
L. H. Loi de Helsingland.
L. N. Chr. IV. Loi norvégienne de Christian IV.
L. S. Loi de Scanie.
L. S:d. Loi de Sudermanie.
L. O. Loi d'Ostrogothie.
L. U. Loi d'Upland.
N. L. B. Nouvelle loi du Borgarthing.
N. L. V. N. Nouvelle loi des villes norvégiennes.
N. L. W. Nouvelle loi de Westrogothie.
N. L. W:d. Nouvelle loi de Westmanland.
S. E. Section ecclésiastique.
S. I. Section des immeubles.
S. M. Section des mariages.
S. S. Section des successions.

PRÉCIS HISTORIQUE

DE

L'ORIGINE ET DU DÉVELOPPEMENT

DE LA

COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX.

PREMIÈRE SECTION.

A. — Absence totale du régime de la communauté.

CHAPITRE Ier.

LA FEMME N'AVAIT PRIMITIVEMENT AUCUN DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LA FAMILLE.

> **« Toute institution est le développement « d'un principe qui s'est modifié avec le « temps et les circonstances, et qui, dans « son origine comme dans ses progrès, a dû « toujours être en harmonie avec les autres « parties de la législation où il a été en « vigueur. »**
>
> GINOULHIAC.

L'idée d'une communauté des biens, totale ou partielle, entre époux, n'appartient pas aux premiers temps de l'histoire de la civilisation. Inconnue aux mœurs de l'Orient, aux institutions du droit de la Grèce et de Rome, c'est chez les peuples Germains qu'on la rencontre pour la première fois; de nos jours encore, elle ne se fait valoir que dans les lois où les principes du droit germanique se sont maintenus sans compétition étrangère, ou après une lutte victorieuse contre ceux du droit ro-

main. L'histoire de la communauté des biens entre époux est, à certains égards, une page importante de l'histoire de la civilisation. Elle montre comment la femme parvint, quoique lentement, à faire reconnaître sa personnalité et sa capacité civile dans la sphère de la famille. A mesure que la civilisation progresse, la femme voit s'améliorer successivement sa condition vis-à-vis de l'homme. Primitivement placée dans un état marqué d'avilissement et d'infériorité, la femme a désormais obtenu, dans les lois des peuples civilisés, des garanties dignes de son sexe et de la place à laquelle la nature l'a destinée dans la famille et dans la société. Elle n'avait, dans le principe, droit à aucun des biens du domicile conjugal. Le premier avantage que lui reconnut la loi fut d'avoir quelque chose en propre. Enfin, mais bien plus tard, certaines législations lui accordèrent un droit de communauté sur la totalité ou sur une partie des biens conjugaux.

L'idée du mariage a été comprise bien différemment chez la plupart des peuples et à diverses époques. Ce fait, basé sur la multiplicité des mœurs et des idées religieuses, a exercé une puissante influence sur le développement des institutions du droit de famille. Cela ne doit pas paraître étrange, si l'on ne perd pas de vue que le mariage est la base de la famille. Il est donc naturel que cette influence doive être d'une portée toute particulière dans le régime des biens entre époux. Chez les peuples barbares, le mariage n'a été et n'est encore que la polygamie. Chez ceux mêmes où la monogamie existait depuis des temps reculés, on a regardé cette institution de deux manières: ou le mari était considéré comme ayant un pouvoir absolu sur la femme, ou la femme, placée sur la même ligne que son époux, était, à tous égards, indépendante de ce dernier comme chef de la famille. L'idée que l'époux et l'épouse contractent une union personnelle pour la vie est née du christianisme. Les influences morales de ces différentes opinions du mariage ne déterminent, il est vrai, que les rapports personnels des époux; mais elles ne peuvent manquer d'exercer leur influence sur les principes en vertu desquels les lois et les coutumes ont fixé le régime des biens conjugaux.

On peut diviser en trois périodes le développement de ce régime.

Dans la première, la plus ancienne, les mœurs autorisent la polygamie; le mari est tout dans la famille, et l'épouse s'élève à peine au-dessus de la condition de l'esclave. Elle ne peut donc, aussi longtemps qu'elle subit cet état, revendiquer une part quelconque dans les biens conjugaux.

Dans la seconde période, par suite des progrès de la civilisation, la monogamie gagne du terrain et finit par anéantir la polygamie. Au commencement, le mari est encore tout et la femme reste privée de la capacité civile. Mais, peu à peu, on la reconnaît comme capable de certains droits dans la famille, et on lui accorde celui d'avoir des biens propres placés sous l'administration du mari, ou directement administrés par elle-même.

Avec la troisième et dernière période commence pour la femme la possibilité, non-seulement de disposer pendant le mariage de ses biens propres, mais encore d'entrer avec l'homme dans une communauté des biens.

Ces trois périodes correspondent avec une exactitude remarquable aux époques principales de la marche de la civilisation. La civilisation nous est venue de l'Orient, où, toutefois, la femme était privée de la capacité civile. L'Orient légua ces faibles commencements à la Grèce et à Rome, qui leur donnèrent un développement jusqu'alors inconnu dans l'histoire de l'humanité. C'est là qu'il fut, pour la première fois, permis à la femme de jouir de quelques droits dans la sphère de la famille. Mais il était réservé à la civilisation germano-chrétienne de faire naître l'idée d'une communauté des biens entre époux.

Suivant à peu près cet ordre historique, nous allons maintenant donner un aperçu succinct du régime des biens conjugaux chez les peuples qui peuvent être regardés comme les pères de la civilisation. Cela justifiera pleinement, nous l'espérons du moins, ce que nous venons de dire sur les rapports civils de la femme et de l'homme. Nous verrons, dans l'histoire des diverses législations, une tendance à laquelle il est impossible de se méprendre, savoir le développement progressif des droits de la femme dans la sphère de la famille. Le but final de cette tendance paraît être, chez nous comme ailleurs, de conférer aux époux « une communauté universelle des biens » (*communio bonorum universalis*) indépendante de la nature des biens communs.

Si nous tournons, en premier lieu, nos regards vers l'Orient, des données historiques concordantes nous montrent que, de toute antiquité, la polygamie a été permise chez les Indous[1], les Chinois[2], les anciens Israélites[3], les Arabes[4], les Turcs, et toutes les nations soumises au culte de l'Islam. Partout où les mœurs permettent la pluralité des femmes, la femme se trouve à l'égard de l'homme dans une position fortement marquée d'infériorité, et la condition de l'épouse y est à peine, nous le répétons, supérieure à celle de l'esclave.

Dans la conscience de sa supériorité, l'homme, chef naturel de la famille, ne manque pas de s'attribuer tous les droits et de se réserver, avec un pouvoir illimité sur les membres de la famille, la propriété de tous les biens présents ou futurs du domicile conjugal. La femme elle-même fait partie de ces biens, car elle est achetée et vendue comme une marchandise. Aussi voit-on que dans toute polygamie, *l'achat*[5] est la forme sous laquelle se conclut le mariage[6]. Cette forme de célébration prouve suffisamment que la femme n'est pas considérée comme douée de capacité civile, mais seulement comme un être dont le sort dépend du bon vouloir de son propriétaire[7]. Il existe

[1] Voir Gans : *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*. Berlin, 1824, I, p. 75. Il existe toutefois des traces de monogamie chez les Hindous, ainsi que chez les anciens Parses ; voir p. 246 et 264. C'est une question douteuse que, chez les Egyptiens, d'autres individus que les prêtres aient vraiment vécu dans la polygamie. Hérodote, II, 92, et Diodore, I, 80, fournissent à cet égard des données contradictoires.

[2] Gans, *ut suprà*, p. 102.

[3] Ier livre de Samuel, I, 2 ; Ier livre des Rois, 18, 27. — Cf. Michaëlis : *Mosaisches Recht*. Francfort-sur-Mein, 1771-75, II, p. 163-86.

[4] Gans, *ut suprà*, p. 186.

[5] Cf. Koënigswarter : *Etudes historiques sur les développements de la société humaine* (*Revue de législation et de jurisprudence, XXXIV* (1849, p. 145-149).

[6] Saalschütz : *Das mosaische Recht*. Berlin 1853, II, p. 730-35, nie que chez les Hébreux la femme ait été achetée ; il ne voit dans le *Mohar* (Moïse, 2, 22, 16 ; 1, 34-12. Sam., I, 18, 25), qu'un présent des fiançailles et non un prix d'achat.

[7] Michaëlis, *u. s.*, p. 107 : « *Das Verkaufen der Töchter zu Frauen, hat in die sämtlichen Eherechte einen grossen Einfluss gehabt. Gekaufte Frauen können doch wohl kaum völlig frey, sie können kaum mehr, als die obersten Sclavinnen seyn.* » Tornaw : *Das Moslemische Recht*. Leipsic, 1855, p. 74, s'exprime comme suit : « Ueberhaupt wird, wie beim Kaufe, so bei der

donc, partout où règne la polygamie, une multitude d'empêchements pour la femme de jamais se libérer de l'état d'avilissement que lui imposent des mœurs barbares. Aussi longtemps que la loi ne reconnaît pas en elle un être doué de capacité civile, il lui est impossible de revendiquer dans la famille des droits quelconques de propriété. Elle ne peut, dès lors, avoir des biens propres soustraits à l'administration du mari[1]; elle peut encore moins participer à une propriété commune, qui présuppose toujours une certaine égalité de droits. L'égalité des deux sexes est une idée totalement étrangère aux peuples polygames, la polygamie reposant sur le principe fondamental que l'homme seul est maître, et que la femme n'existe que pour le servir. La communauté des biens est impossible sous un tel régime ; on ne la trouve, par conséquent, chez aucun des peuples dont les mœurs permettent à l'homme de vivre conjugalement avec plusieurs femmes.

CHAPITRE II.

LA FEMME OBTIENT DES BIENS PROPRES. ORIGINE DE LA DOT.

L'histoire nous apprend que ce fut chez les Grecs, et, parmi eux, chez les Athéniens que se développa l'idée d'une personnalité libre. Il fut réservé aux mœurs de la société grecque de montrer pour la première fois au monde la femme comme reconnue capable de droits dans la sphère de la famille. L'indépendance et la capacité civile accordées à l'épouse par les lois et les institutions grecques relatives à la famille, quoique, sans doute, bien rudimentaires et bien peu développées, indiquent, du moins, le degré supérieur de culture auquel les Grecs étaient arrivés en comparaison de l'Orient. Le mariage grec était monogame[2], fait qui annonce, dès l'abord, une idée plus pure de

« Ehe, eine Veräusserung angenommen. Beim Kaufe ist es die Wahre, bei « der Ehe, das genitale arvum mulieris, le champ génital de la femme. »

[1] Gans, *ut s.*, I, p. 142, montre que, quoiqu'il existe dans le droit du Talmud des traces d'une dot pour la femme mariée, la constitution de la dot n'est pas une coutume appartenant à ce droit, mais qu'elle est empruntée à la législation grecque.

[2] Cf. Gans, *ut suprà*, I, p. 295 et suiv.

l'union conjugale. C'est seulement sous le régime de la monogamie qu'il est possible à la femme de se faire reconnaître par l'homme comme un être indépendant, participant avec lui à des droits dans la sphère de la famille.

La forme de la conclusion du mariage chez les anciens Athéniens était essentiellement différente des coutumes suivies par les peuples de l'Orient. Le mariage, comme on l'a vu plus haut, se réduisait en général, chez ces derniers, à un achat pur et simple, prouvant qu'ils ne voyaient dans les femmes que des choses, et non des êtres placés avec eux sur le même échelon social. La femme attique était au contraire, après des fiançailles solennelles (ἐγγύη), remise par ses parents à son époux futur. Son gardien légal (κύριος), son père ou l'un de ses agnats, était tenu, par la loi, de lui constituer une dot προιξ, φερνή (*dos*)[1]. Cette dot, qui se stipulait par écrit, en présence de témoins, la femme l'emportait avec elle dans le domicile conjugal. L'époux en avait l'administration, afin d'en employer les revenus aux dépenses du ménage. La femme était ordinairement nantie, pour le montant de sa dot, d'une hypothèque sur tous les biens du mari (ἀποτίμημα)[2]. La dot (προιξ) était, avec les fiançailles, la condition absolue du mariage légal[3]; elle légitimait l'état de la femme comme épouse, et lui conférait la capacité civile dans la sphère de la famille. L'épouse était distinguée, par la dot, des concubines du mari[4]. Ces dernières n'avaient pas de dot, elles étaient achetées, et leur condition se trouvait, par ce fait, inférieure à tous égards à celle de l'épouse légitime.

Ainsi, dans la monogamie grecque, l'épouse était placée *à côté* de son mari, mais ni comme son égale, ni comme faisant un seul être moral avec lui. Cette position isolée était aussi ré-

[1] Voyez, en outre, Meier und Schömann : *Der attische Process*. Halle, 1824 (ouvrage couronné), p. 415-17, et Platner : *Der Process und die Klagen bei den Attikern*. Darmstad, 1825, II, p. 252-53.

[2] Cf. Meier und Schömann, *u. s.*, p. 419, et Platner, *u. s.*, p. 263. — Il paraît avoir été statué avec le temps, que l'homme acquérait effectivement, à la conclusion du mariage, la dot de la femme, moyennant l'obligation de lui constituer, pour le cas de la dissolution du mariage, une *donatio propter nuptias* (ἀντιφέρνη); voir Gans, *u. s.*, I, p. 308.

[3] Cf. Platner, *u. s.*, p. 260, et Gans, *u. s.*, p. 302.

[4] La monogamie grecque permettait à l'homme marié l'usage de concubines (παλλακίς).

glée et définie par le régime des biens conjugaux. L'épouse avait sa propriété privée, sa προίξ, placée sous l'administration maritale. Quant à d'autres biens éventuels (παράφερνη), elle en avait la disposition absolue. A la dissolution du mariage, la veuve, ou les héritiers de la femme pouvaient revendiquer la προίξ, ou sa valeur, si la προίξ avait été dissipée, et toute créance de ce genre était privilégiée. A part cela, la femme n'avait aucun droit sur les biens de la masse. Les acquêts faits pendant le mariage appartenaient à l'homme. Ainsi, la communauté des biens entre époux a été, pour les Grecs comme pour les Orientaux[1], une chose totalement étrangère à leurs mœurs et à leurs idées[2].

CHAPITRE III.

DU RÉGIME DOTAL CHEZ LES ROMAINS.

Chez les Romains, dont les lois ont exercé une si vaste et si profonde influence sur la plupart des législations européennes, on cherche en vain des traces d'une communauté de biens entre époux. Pour le régime des biens conjugaux, le droit romain ne connaissait que deux alternatives : dans la première, le mari jouissait de ces biens, à titre exclusif de propriété ; dans la seconde, les époux avaient chacun des biens propres. Le premier cas était une conséquence nécessaire de la sujétion de la femme, le second une suite de son *entière indépendance*. Ces deux extrêmes mettent le droit romain dans une opposition marquée avec les législations où le régime des biens conjugaux est basé sur une communauté plus ou moins étendue. Ce qui caractérise le droit matrimonial des Romains, c'est justement l'absence de toute communauté de biens entre époux[3]. Cette absence doit

[1] La communauté des biens n'a jamais existé chez les Hébreux, et, selon le droit mosaïco-rabbinique encore en vigueur, tous les acquêts de la femme pendant le mariage, sont considérés comme appartenant au mari. Cf. Fassel : *Das mosaisch rabbinische Civilrecht*. Vienne, 1852, I, p. 54-55.

[2] Cf. Meier und Schöman, *ut s.*, p. 419 : « Aus dem Gesagten ergiebt « sich, dass in Athen *keine Gütergemeinschaft* zwischen Eheleuten gegeben, « dass das Eigenthum an der Mitgift nur der Frau und deren κύριος zuge- « standen habe, dem Manne aber nur der Niessbrauch derselben zuge- « kommen sei. »

[3] Les jurisconsultes romains définissaient, il est vrai, le mariage dans les

son origine tant à l'organisation politique de la famille[1], particulière à la vie sociale de l'ancienne Rome, qu'aux rapports légaux tout particuliers résultant de la forme des mariages connus chez les Romains.

Le principe sur lequel reposait l'organisation de la famille romaine n'était pas, comme chez nous et chez nos ancêtres, *le lien du sang*, mais la puissance paternelle, *patria potestas*. L'ancien droit romain voyait dans la famille une agrégation d'individus n'ayant de signification civile que dans leurs rapports avec le chef de famille, leur représentant et leur maître absolu. La famille était donc composée de tous ceux qui, en vertu de rapports naturels, ou par le vœu de la loi, étaient placés sous la même *patria potestas*, quelle que fût du reste leur origine[2]. La capacité civile de tous les membres de la famille était comme concentrée chez le *paterfamilias*; lui seul, jouissant d'une indépendance absolue (*sui juris*), possédait des droits par lui-même, tandis que les autres n'en avaient que par lui. Il exerçait un pouvoir absolu sur tous les membres de la famille, et le *dominium* sur tout ce que ceux-ci pouvaient acquérir.

Une nécessité politique, dont le développement n'appartient pas à notre sujet, exigeant donc dans la Rome républicaine la puissance absolue du chef de famille[3], il en résultait, par une conséquence naturelle, que la femme ne pouvait revendiquer des biens propres. Sa personne, subordonnée par la naissance ou par l'adoption à la puissance du chef de famille (*in potestate patrisfamilias*), et ne pouvant, dès lors, être capable de droits

termes suivants : « Conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, « divini et humani juris communicatio » (fr. 1. D. *De ritu nupt.*, 23, 2), mais ils n'admettent toutefois pas que la *communicatio juris* s'étendit aux biens des époux.

[1] Cf. Ed. Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*. Paris, 1839 (Mémoire couronné), p. 165, et les *Recherches* du même auteur *sur la condition civile et politique des femmes*. Paris, 1843 (Mémoire couronné), p. 12 et 31.

[2] Fr. 195, § 2. D., *De verb. sign.* (50, 16) : « Jure proprio familiam di- « cimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate, aut natura aut jure « subjectæ, » etc.

[3] Gaius : *Comment.*, I, § 55 (éd. Boëcking. Bonn, 1850, p. 17) : « Fere « enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem « qualem nos habemus. »

que médiatement, par lui, il n'existait aucune raison d'admettre qu'elle pût, comme épouse, obtenir des droits plus étendus.

Le mariage (*connubium, justæ nuptiæ*) reconnu chez les anciens Romains entre un citoyen romain (*civis romanus*) et une citoyenne romaine, était une monogamie pure[1]. Mais la société romaine connaissait deux espèces de mariage, amenant chacune entre les deux époux un régime des biens essentiellement différent. Nous ne pouvons omettre d'en parler, pour montrer que les rapports légaux des époux étaient, dans les deux cas, de nature à ne permettre aucune communauté.

La première était le mariage rigoureux[2], consacré par la *confarréation*[3] (sacrifice avec le *panis farreus*, en présence de témoins, et avec des cérémonies religieuses obligatoires), ou par la *coemptio*[4] (achat symbolique), ou enfin uniquement par l'*usus*[5], dès que la femme n'avait pas passé trois nuits (*trinoctium*), l'année durant, hors du domicile conjugal, ce qui aurait

[1] La monogamie romaine était, dans son idée, plus pure que la monogamie grecque. Car, tandis que les mœurs grecques permettent à l'homme d'avoir, outre *une* épouse, plusieurs concubines, les mœurs romaines répugnaient à la cohabitation simultanée du mari avec son épouse et des concubines. Paulus : *Sent. receptæ*, II, 20, 1 (dans le *Jus civile antejustinianeum*. Berlin, 1815, I, p. 123) : « *Eo tempore*, quo quis uxorem habet, *concubinam* « *habere non potest;* » L. un. Cod. (5, 26), *De concub.* : « Nemini licentia « concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. »

[2] Cf. Ginoulhiac : *Histoire du régime dotal*, p. 53-65 ; Wolowski : *De la société conjugale* (Revue de législation et de jurisprudence, 1852), p. 14.

[3] Gaius : *Comment.*, I, § 112 (p. 32). « *Farreo in manum*, conveniunt per « quoddam genus sacrificii... in quo farreus panis adhibetur; unde etiam « confarreatio dicitur, sed complura præterea hujus juris ordinandi gratia « cum certis et sollennibus verbis, presentibus decem testibus aguntur et « fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est. » — Ulpiani : *Fragmenta*, 9 (*Jus civile antej.*, I, p. 31). — Cf. Gans : *Scholien zum Gaius*. Berlin, 1821, p. 145. — Rossbach : *Untersuchungen über die Römische Ehe*. Stuttgart, 1853, p. 100-128.

[4] Gaius : *Comment.*, I, § 113 (p. 33). « Coemptione in manum conveniunt « per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus, civibus Romanis puberibus, item libri- « pendi. » — Cf. Gans, *ut s.*, p. 147-48 ; — Rossbach, *ut s.*, p. 66-95.

[5] Gaius : *Comment.*, I, § 111 (p. 32). « *Usu in manum conveniebat* quæ « anno continuo nupta perseverabat ; quæ enim velut annua possessione « usu capiebatur, in familiam viri transiebat, filiæque locum obtinebat. » —Cf. Gans, *ut s.*, p. 142-45 ; — Rossbach, *ut s.*, p. 147-61.

interrompu *l'usucapio*. Les deux dernières formes indiquent clairement l'acquisition du droit de propriété quiritaine, soit par la *mancipatio*[1] ou *l'usucapio*[2]. Le mariage rigoureux mettait l'épouse dans la puissance presque absolue du mari. On la disait alors *in manu mariti*, mais elle possédait toutefois la dignité de *materfamilias*, et la *manus* n'avait pour effet que de la priver de toute capacité civile, comme étant complétement *non sui juris*. Elle n'avait donc aucun droit de propriété[3]. Dès que le mari n'était pas soumis lui-même à la *patria potestas*, tous les biens de l'épouse appartenaient à lui seul, de même que les acquêts faits pendant le mariage[4]. La totalité des biens des époux se fondait de la sorte en un patrimoine unique dont le mari seul était propriétaire. Il n'existait donc, pendant le mariage, qu'une propriété, celle *du mari*. La *manus* étant une puissance analogue[5] à la *patria potestas*, la position légale de la femme vis-à-vis de son époux ne différait guère de ses rapports antérieurs, comme fille, avec le *paterfamilias*. Le mariage faisait d'elle un nouveau membre de la famille du mari, n'appartenant plus, à aucun égard, à la famille paternelle, dont elle ne pouvait pas même hériter. Lorsque le mari mourait, elle recevait, dans la succession, une part égale à celle d'une de ses filles (*sua heres*[6]).

Ainsi, quoique le mariage rigoureux des Romains indique, en sa qualité de monogamie, des notions morales plus pures que

[1] Gaius : *Comment.*, I, § 119 (p. 35).

[2] Gaius : *Comment.*, II, § 42 (p. 71-72).

[3] Gaius : *Comment.*, II, § 96 (p. 88). « In summa sciendum est his qui « in potestate *manu*, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse : cum enim « *istarum personarum nihil suum esse possit*, conveniens est scilicet ut « nihil suum esse in jure dicare possint. »

[4] Gaius : *Comment.*, II, § 90 (p. 86). « Per eas vero personas quas *in* « *manu* mancipiove habemus, *proprietas quidem adquiritur nobis* ex omni- « bus causis sicut per eos qui in potestate nostra sunt. » § 98. « Sive quem « adrogaverimus, sive quam *in manum* ut uxorem receperimus, *eius res ad* « *nos transeunt.* »

[5] Gans, *ut s.*, p. 140. « Die *manus* ist nur ein Analogon der väterlichen « Gewalt. »

[6] Gaius : *Comment.*, III, 3 (p. 147). « Uxor quoque, quæ *in manu* est, « *sua heres est, quia filiæ loco est.* » Ulpiani, *Fragm.*, XXII, 14. « *Sui* au- « tem *heredes* sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam » adoptivi : item *uxor*, quæ in manu est. » (*Jus antej.*, I, p. 65).

les unions polygames de l'Orient[1], il offre, toutefois, dans les rapports légaux entre les époux de nombreuses analogies avec ces dernières. Il emporte, comme elles[2], l'idée que la femme

[1] Gans : *Das Erbrecht*, I, p. 23, s'exprime comme suit : « In dieser « strengen Ehe des Römischen Rechts, worin das Verhältniss des Mannes « zur Frau das *rein sachliche des Eigenthümers zu seinem Eigenthume* ist, « wie den auch die Form dieser Ehe fast lediglich die der Erwerbung « einer Sache überhaupt bleibt, ist der substantielle, orientalische Begriff « der Familie um das ehelichen Verhältnisses noch volkommen festge- « halten. » — Troplong : *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*. Paris, 1843, p. 23 et 312, admet de même que l'homme possédait « *un droit de propriété* sur la femme et sur ses biens, un droit de vie et de mort... » — Cf. l'article du même auteur : *Du mariage chez les Romains*, inséré dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, XXI (1844), p. 154-55. D'autres savants ont toutefois contesté que, suivant l'idée du mariage rigoureux, la femme fût considérée comme *la propriété* du mari. Quant à nous, il nous paraît probable que la *manus*, en ce qui concerne seulement la personne de la femme, était une puissance moins étendue que la *patria potestas*, d'autant plus qu'il ne paraît pas que le mari ait eu le pouvoir de vendre sa femme (ce qu'admet toutefois Gans dans ses *Scholien z. Gaius*, p. 152) ; cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 59, et Laboulaye : *Histoire du droit de propriété*, p. 177 ; *Condition des femmes*, p. 31, note 3. « Nous ne voyons pas, en effet, que le mari ait jamais eu, à Rome, un droit de vie et de mort sur la femme, comme le père l'avait sur ses enfants ; la *manus* était certainement moins dure que la *patria potestas*. » Wolowski *u. s.*, p. 21 ; — Rossbach, *u. s.*, p. 18-19.

[2] Schrader, dans le *Civilistisches Magazin* de Hugo, Berlin, 1825, V, p. 147, a le premier émis l'hypothèse que le mariage rigoureux était principalement en usage chez les patriciens, et avait probablement une origine étrusque. De Fresquet : *De la manus en droit romain* (*Revue historique de droit français et étranger*, p. 142-43), combat péremptoirement cette opinion. — Rossbach. *u. s.*, p. 162-198, a soumis à une critique détaillée toutes les hypothèses de Schrader, Wächter, Hüllman, Rein, Bluntschli, etc. sur l'origine du mariage rigoureux, attribuée tantôt aux Étrusques, tantôt aux Latins, tantôt aux Sabins. Il les rejette toutes, ajoutant, p. 185 : « Wir « glauben genügend dargethan zu haben, dass die Zurückführung der « römischen Eheformen auf die verschiedenen italischen Völkerschaften, « soweit sie durch Combination und Schlüsse aus den Stellen der Alten « gestützt worden ist, keinen Anspruch auf Geltung machen kann. Die « zur Vermittelung herbeigezogenen Thatsachen beruhen theilweise auf « exegetischer Ungenauigkeit, theilweise auf einen unkritischen Verfahren; « nicht eine einzige derselben giebt einen direkten oder indirekten Schluss « für jene Hypothese. » — P. 240 : « Die Mehrheit der römischen Eheformen ist nicht auffallend, sie ist nicht aus dem Zusammenflusse verschiedener Völker hervorgegangen, sonder das Resultat der Entwickelung, « welche in der Ehe, wie in jedem anderen Institute mit dem Umschwunge

n'était pas un être indépendant, était totalement subordonnée à son mari, et, par conséquent, incapable par elle-même d'aucun droit de propriété, ainsi que d'une participation quelconque aux biens communs.

Le mariage avec la *manus* disparut toutefois insensiblement des mœurs [1], et fit place à une union libre n'exigeant pour toute solennité que le simple consentement des époux (*mero consensu* [2]). Le mariage *per usum* fut la transition entre l'union rigoureuse et le mariage libre, car la *manus* n'existait pas où l'*usucapio* avait été interrompue. Le mariage libre amena l'entière indépendance de la femme à l'égard du mari. Elle était désormais unie à son époux pour la seule cohabitation [3], et non pour abandonner, comme dans le mariage avec la *manus*, la famille dont elle sortait, et entrer dans celle du mari. Elle restait subordonnée au *paterfamilias* de sa propre famille, ou à la tutelle de ses agnats, et ne tombait jamais sous la puissance absolue du mari. L'effet de ce mariage se trouvait donc dans une remarquable opposition avec celui du mariage rigoureux. Le mariage libre dépouillant le mari de la *manus*, celui-ci n'avait plus le moindre droit sur les biens de son épouse, ni sur les revenus de ces apports. Le mari et la femme étaient donc ici complétement séparés à l'égard de leurs biens [4]. Tandis que dans le mariage rigoureux la totalité des biens appartenait à titre exclusif au mari, le mariage libre conférait à la femme un droit de propriété particulière. Les biens des époux s'administraient séparément et dans une entière indépendance l'un de l'autre.

« der Zeiten stattfindet; ja es ist sogar gegen die historische Analogie, « annehmen zu wollen, dass die italischen Stämme principiell verschiedene « Arten der Eheschliessung gehabt hatten. »

[1] Gaius : *Comment.*, I, § 111 : « Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim *ipsa desuetudine obliteratum est.* »

[2] Cf. L. 8, Cod. *De repud.* (5, 17) : « *Consensu* licitâ matrimônia posse « contrahi... præcipimus; » fr. 30, D. (50, 17) *De div. reg. jur.*

[3] Cf. Gans, *ut suprà*, II, p. 256.

[4] Laboulaye : *Recherches sur la condition des femmes*, p. 34, remarque avec justesse que « cette indépendance des femmes dans un État où elles étaient en tutelle perpétuelle, ne peut s'expliquer que par un intérêt qui évidemment n'est pas le leur; cet intérêt, supérieur à celui du mariage, c'est *l'intérêt de la famille* à laquelle la femme se rattache par la naissance ou par l'adoption.

Le mariage libre n'exigeant aucune formalité légale, mais seulement un consentement réciproque (*consensus*), frisait de bien près les limites du concubinat païen toléré par les mœurs romaines[1]; cela fit naître la nécessité d'introduire une institution nouvelle appelée, d'un côté, à remplacer les solennités auparavant en usage dans la célébration du mariage, de l'autre, à distinguer la femme mariée de la concubine[2], et à assurer à la première sa dignité de femme légitime (*matrona, uxor*). Cette institution fut la *dot* (dos) que recevait pour son propre entretien la femme légitime convolant en mariage. Originairement, la dot fut, sans aucun doute, un don libre consacré peu à peu par l'usage[3], à mesure que les mariages libres (*mero consensu*) devinrent communs et remplacèrent les unions rigoureuses. Les savants ont aussi admis, sur de bonnes raisons, que l'influence des mœurs grecques a contribué au développement de cette coutume[4]. La loi Julia (*De maritandis ordin.*) imposa enfin la dot comme une condition obligatoire[5] du mariage légal[6]. C'é-

[1] La différence entre le mariage légal et le concubinat doit avoir été bien peu sensible. Gans, *ut s.*, II, p. 265, fait observer avec raison que : « Der Unterschied zwischen dem Concubinat und der Ehe, wird mehr in « der Würde und in den Wirkungen als in der Sittlichkeit der Sache selbst « gefunden. » Cf. Troplong : *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 243.

[2] Cf. Gans : *Das Erbrecht*, II, p. 279; — Ginoulhiac, *ut s.*, p. 65-67; — Laboulaye : *Recherches sur la condition des femmes*, p. 38-39 : « Chez les Romains comme chez les Grecs, la *dot* était le caractère de l'union légitime; *c'est elle qui distinguait l'épouse de la concubine.* » Troplong : *Du contrat de mariage*. Paris, 1850, I, p. LXIV, dit aussi : « La dot était même un des signes qui distinguaient les mariages solennels du concubinat; » mais il ajoute : « Non pas que la constitution de dot fût nécessaire pour le mariage; cette opinion, enseignée quelquefois, n'est pas soutenable. »

[3] La « *femina indotata* » était considérée à l'égal de la concubine.

[4] Ginoulhiac, *ut s.*, p. 85-86. — Laferrière : *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*. Paris, 1846-58, I, p. 67 : « La *dot* proprement dite ne s'introduisit que plus tard, *sous l'influence des mœurs grecques* et lorsque le *mariage libre* devint à Rome le mode le plus usuel. » Cf. p. 214-15. Troplong, *ut s.*, I, p. XLV-VII, est toutefois d'une autre opinion, et nie que le régime dotal tire son origine de la législation grecque.

[5] Fr. 19, D. *De ritu nupt.* (23, 2) « Capite trigesimo quinto legis Juliæ, « qui liberos quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores « vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione Divorum « Severi et Antonini per proconsules præsidesque provinciarum *coguntur « in matrimonium collocare et dotare*.

[6] Fr. 3, D., *De jur. dot* (23, 3). « Ubicunque igitur matrimonii nomen

tait au père ou à l'aïeul paternel de la femme à fournir la dot[1]; mais elle pouvait aussi être constituée par la femme, de ses biens propres, si la femme était *sui juris*, ou par un tiers qui n'y était toutefois pas obligé[2]. Le but de la dot étant d'aider à l'époux à pourvoir aux frais du ménage, il en résultait naturellement pour lui un droit de libre disposition. Tel était le cas dans l'ancienne Rome[3]. Mais, par suite du relâchement des mœurs qui caractérisa les derniers temps de la république, le mariage libre ne fut plus que le manteau d'une dissolution effrénée, et les divorces entre époux devinrent pour ainsi dire à l'ordre du jour. Alors on jugea nécessaire, dans l'intérêt du bien public, et pour la protection de la femme, de limiter le droit de disposition du mari sur la dot. On dût empêcher que la femme n'aventurât, après une courte cohabitation, la perte de sa dot, et ne se vît hors d'état de convoler à de nouvelles noces[4]. Les droits du mari furent, en conséquence, limités par l'obligation de restituer la dot en cas de décès ou de divorce[5]. La loi Julia lui défendit d'aliéner ou d'hypothéquer, sans le consentement de cette dernière, les *prædia dotalia* de son épouse[6]. L'empereur Justinien alla même jusqu'à l'interdiction de ces actes au mari, même avec le consentement de sa femme[7]. Le même

« non est, *nec dos est.* » § 12, *J. de nupt.* (1. 10). « Si adversus ea quæ dixi« mus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, *nec nuptiæ, nec matrimonium, nec* « *dos* intelligitur. » — Cette dot fut appelée dans la suite *dot nécessaire* (dos necessaria).

[1] Elle était alors nommée *dos profectitia*. Fr. 5, pr. D., *De eod.* (23, 3). « *Profectitia dos* est, quæ a patre, vel parente profecta est de bonis vel « facto ejus; » — cf. fr. 1, § 1. D., *De eod.* Le décès de la femme survenant avant celui du mari, cette dot retournait au donateur. Ulpian., *Fragm.*, VI, 4.

[2] C'était la *dos adventitia*. Ulpiani, *Fragm.*, VI : « Dos aut *profectitia* « dicitur, id est quam pater mulieris dedit : aut *adventitia*, id est ea quæ « a quovis alio data est. » Si le donateur s'était réservé le droit de la reprendre, elle recevait alors le nom de *dos receptitia*.

[3] Laferrière, *ut s.*, I, p. 223.

[4] Fr. 2. D., *De jure dot.* (23, 3). « Reipublicæ interest mulieres *dotes* « salvas habere propter quas nubere possint. »

[5] Fr. 42. D. *De eodem* (23, 3).

[6] Gaius : *Comment.*, II, § 63. « Nam dotale prædium maritus invita mu« liere per legem Juliam prohibetur alienare; » Fr. 4. D. *De fund. dot.* (23, 5).

[7] La raison de cette défense est donnée comme suit dans L. *Un.*, § 15,

empereur rendit en outre dans ses décrets des années 530 et 531 de notre ère, le mari responsable de la dot de sa femme par une hypothèque tacité et générale reconnue à cette dernière sur tous les biens de son époux, et garantit expressément le privilége de la femme, même sur les anciens créanciers du mari [1]. Enfin, pour procurer à la femme un avantage décisif, on statua que le mari lui constituerait une *dos propter nuptias* [2] correspondante à sa dot, donation que le mari administrait pendant le mariage, mais qu'il ne pouvait hypothéquer ni aliéner [3].

Tous les rapports ou acquêts de la femme en dehors de sa dot étaient considérés comme sa propriété exclusive (*paraphernalia bona*), sur laquelle le mari n'avait aucun droit, à moins du consentement exprès de son épouse [4]. Rien n'empêchait cependant que la dot de la femme ne comprît tous ses biens [5]. Mais si l'étendue de la dot n'était pas expressément définie, tous les biens de l'épouse étaient considérés comme extradotaux [6].

La législation justinienne établit comme règle la restitution de la dot à la dissolution du mariage. Au décès de la femme, la *dos profectitia* retournait au donateur, la *dos adventitia* (à moins qu'elle ne fût *receptitia*) aux héritiers de la femme. Mais si c'était la mort du mari qui dissolvait le mariage, la femme retenait la dot dès que cela ne se trouvait pas en opposition avec un pacte spécial; la femme était-elle la cause du divorce, elle perdait sa dot, s'il n'en avait pas été stipulé autrement [7].

C. *De rei uxor. act.* (5, 13) : « Ne fragilitate naturæ suæ in repentinam « deducatur inopiam. »

[1] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 106; P. Odier : *Traité du contrat de mariage*. Paris, 1847, III, p. 16-17.

[2] L. 20, Cod. *De donat. ante nupt.* (5, 3); 3-7, I, II.

[3] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 108.

[4] L. 8, C. *De pact. convent.* (5, 14). « Hac lege decernimus, ut vir in his « rebus, quas *extra dotem* mulier habet, quas Græci *parapherna* dicunt, « *nullam uxore prohibente habeat communionem*, nec aliquam ei necessita- « tem imponat. »

[5] Fr. 72, pr. D., *De jur. dot.* (23, 3); L. 4, C. (5, 12), *De eod.* « Nulla « lege prohibitum est, *universa bona in dotem* marito feminam dare.

[6] Ginoulhiac, *ut s.*, p. 72 : « S'il n'y avait pas de constitution de dot, tous les biens de la femme étaient libres ou extradotaux. »

[7] Nous renvoyons à l'excellente *Histoire du régime dotal*, de M. Ginoulhiac, p. 87-113, les lecteurs qui désireraient un exposé plus étendu des nombreuses modifications subies par le régime dotal des Romains, depuis la loi *Julia* jusqu'aux *Novelles de Justinien*.

On voit clairement de ce qui précède qu'il n'existait de communauté des biens ni dans le mariage rigoureux, ni dans le mariage libre. Elle était impossible dans le premier, parce qu'elle était incompatible avec l'idée de la *manus*. Elle ne pouvait exister non plus dans le second, quoique en vertu d'une autre cause. Le mariage libre emportait pour la femme une indépendance si complète du mari, qu'une communauté quelconque n'y pouvait guère être tolérée. L'indépendance réciproque des époux devait nécessairement se manifester dans le régime de leurs biens. L'essence du mariage libre était, en outre, de pouvoir se dissoudre facilement, de la même manière qu'il avait été conclu, c'est-à-dire par un consentement mutuel pur et simple (*mero consensu*). Il était donc de toute convenance que les époux possédassent chacun leur propriété distincte, circonstance qui facilitait le divorce.

Une union d'une nature si peu sérieuse devait détruire toute moralité et préparer la ruine de la société romaine[1]. En vain avait-on cherché, par des lois telles que la célèbre loi Julia et la loi Pappia Poppæa, à rétablir la dignité primitive du mariage et à ramener la morale dans la vie du foyer domestique. Ce fut seulement avec l'introduction du christianisme que naquit la possibilité d'une réorganisation do la famille[2]. L'idée du mariage, comme base de la famille, devait être infiniment plus noble et plus pure aux yeux de la morale sublime que prêche cette religion, que pour les mœurs égoïstes d'un paganisme dépravé. Aussi les chrétiens ne considéraient-ils le mariage ni comme une simple cohabitation du mari et de la femme, impliquant pour cette dernière une complète subordination à la

[1] Laferrière, *ut s.*, II, p. 197 : « Le mariage libre, où rien ne remplaçait, à l'égard de l'épouse, la puissance paternelle absente, avait comme anéanti le véritable mariage. »

[2] Cf. Troplong : *De l'influence du christianisme*, p. 169-180 et 348 : « C'est donc du christianisme que vient le mouvement, soit dans l'ordre moral, soit dans l'ordre politique. — Or, s'il est vrai qu'une époque emprunte de l'élément qui la domine le principe de ses modifications, ne recherchons pas ailleurs que dans le christianisme la cause principale des transformations auxquelles nous venons d'assister. C'est lui qui décompose et qui crée ; c'est lui qui, à côté du dissolvant, place les éléments de réorganisation. » Voir, en outre, le même auteur : *Du contrat de mariage*, I, p. VI, et Laferrière, *ut s.*, p. 200-201.

puissance absolue (*manus*) du mari, ni comme une liaison de nature à être dissoute au bon plaisir des contractants, et dans laquelle les époux étaient indépendants l'un de l'autre. Le christianisme considérait le mariage comme conclu pour la vie, et constituant une union *personnelle* intime qui, toutefois, n'excluait pas l'indépendancc individuelle de chacun des époux, mais faisait de l'homme le protecteur de la femme et le chef de la famille. L'effet de cette idée relevée du mariage se manifeste déjà dans la législation justinienne. Le régime des biens entre époux repose en général sur les mêmes bases que dans le mariage libre, mais on donne à la femme les plus grandes garanties possibles pour la prémunir contre une mauvaise administration de sa dot de la part du mari. Le principe du régime dotal de Justinien est, pour cette cause, la séparation absolue de la fortune des époux, afin de protéger la femme contre des pertes éventuelles. Ce régime dotal a régné, non-seulement dans l'Europe méridionale, mais encore dans tous les pays où le droit romain a été adopté par la coutume. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

Le droit canonique a adopté l'essentiel du régime dotal des Romains, quoiqu'il prescrive plus explicitement encore la constitution d'une dot comme une condition obligatoire de la validité du mariage[1]. Le but de cette constitution de dot était, sans doute, de donner au mariage la publicité nécessaire à sa dignité[2]. L'Eglise se croyait aussi dans l'obligation de maintenir par son autorité une coutume propre, à plusieurs égards, à protéger les intérêts de la femme.

[1] La prescription de la dot par le *Droit canonique* est prouvée par les *Décrétales* de Gratien, *Can.* 6, *Caussa* XXX, qu. 5 : « *Nullum sine dote* « *fiat conjugium*; juxta possibilitatem fiat dos; » *Can.* 4, *Caussa* XXX, qu. 5 : « Qualis debeat uxor esse, quæ habenda est secundum legem, « virgo casta et desponsata in virginitate, et *dotata legitime*, etc. »

[2] Cf. Gans : *Das Erbrecht*, III, p. 102.

DEUXIÈME SECTION.

B. — Origine de la communauté des biens entre époux.

CHAPITRE Ier.

CAUSES GÉNÉRALES DE LA COMMUNAUTÉ. — ÉPOQUE OU ELLE FUT, POUR LA PREMIÈRE FOIS, RECONNUE PAR LES LOIS.

Nous avons essayé de montrer, dans la section précédente, que la communauté des biens dans le mariage n'a existé ni chez les Orientaux, ni chez les Grecs, ni chez les Romains. Les causes en ont été indiquées. Nous allons maintenant donner un aperçu succinct de la première apparition de la communauté des biens, pour étudier ensuite le développement du régime de la communauté d'après les anciennes lois de notre patrie.

Les peuples germains sont, comme nous l'avons fait observer, les premiers qui aient adopté la communauté des biens. Elle est en général la marque caractéristique de toutes les législations fondées sur les principes du droit *germanique*, tandis qu'une séparation absolue entre les biens du mari et ceux de la femme caractérise le mariage des Romains. C'est principalement dans le Nord que la communauté des biens s'est développée dans une indépendance complète de la législation romaine. Elle y constitue, de nos jours encore, la norme du régime des biens conjugaux, tandis qu'en Allemagne, en France et en Suisse, elle n'a pu subsister, jusqu'à nos jours, *qu'à côté* du régime dotal des

Romains. Le fait que la communauté des biens existe encore en Espagne et en Portugal, quoique la législation de ces deux États repose principalement sur une base romaine, peut être considéré comme un lointain souvenir des peuplades germaniques qui jadis conquirent ces contrées.

Dans une recherche sur l'origine de la communauté des biens, il est nécessaire de fixer son attention sur deux circonstances, savoir :

1° Les causes générales qui l'ont provoquée, et

2° La date de la naissance de ce principe.

A l'égard des causes générales qui ont provoqué la naissance de la communauté des biens entre époux, il est clair qu'une telle communauté ayant été une institution inconnue chez les nations les plus civilisées de l'antiquité, l'origine de cette institution, de date très-ancienne chez les nations germaniques, n'a pu dépendre d'un simple hasard. Il doit exister une cause interne, intimement liée tant avec l'idée même du mariage, qu'avec les autres bases de l'organisation de la famille et la position que la femme fut appelée à y occuper.

Nous avons rappelé plus haut que l'organisation de la famille romaine était de nature politique. Chez les peuplades germaniques, la famille avait aussi une importance de cette nature[1], quoique d'une portée toute différente. Ce fut le lien de parenté et non le principe de la *patria potestas*, qui constitua la famille germaine. Elle se présentait comme une unité organique, comme une société en miniature, constituant la base de l'Etat, et renfermant tous les individus que les liens du sang rattachaient à une origine commune. En vérité il n'existe pas de lien plus fort entre les hommes que celui de la communauté du sang. Elle est, non-seulement, l'élément social le plus actif, mais elle est encore le premier en date, et précède tous ceux qu'amène successivement le développement de la vie sociale. La famille germaine formait une association dont tous les membres étaient tenus, dans les relations extérieures, à une défense commune contre des ennemis communs, au redressement des torts faits à

[1] Cf. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 78 ; — Sachse : *Historische Grundlagen des deutschen Staats-und Rechtslebens*. Heidelberg, 1844, p. 452, 458 et suiv. — Mittermaier : *Grundsätze des Deutschen Privatrechts*. Ratisbonne, 1847 (7me édit.), II, § 359.



un membre de la famille, et au secours de celui de ses membres placé sous le poids d'une accusation criminelle. Dans ses relations intérieures, la famille germaine devait aide et protection à ceux de ses membres que leur faiblesse naturelle empêchait de se suffire à eux-mêmes. Les membres *actifs* de la famille étaient ceux qui pouvaient satisfaire à ce double *devoir;* c'étaient les *hommes* en état de porter les armes, les pères de famille; les membres *passifs* étant ceux qui avaient besoin de protection, les femmes et les enfants. Les devoirs des hommes leur conféraient des *droits* correspondants. Les devoirs impliquant au besoin la protection et la défense de la *personne* et des *biens,* les droits qui y correspondaient, devaient se manifester sous la double forme de tutelle des personnes et d'administration de leurs biens.

La femme mariée était donc sous l'autorité du mari, tout comme la fille sous la tutelle de son père ou de ses agnats. Avec tout cela, la femme germaine occupait dans la famille une position infiniment plus digne qu'en Orient, dans l'ancienne Grèce et à Rome[1]. En Orient, elle n'était et elle n'est encore qu'une partie des biens du mari. Les lois de l'ancienne Rome la soumettaient, soit à la puissance paternelle, soit à la *manus.* Or il existe une bien grande différence entre la *patria potestas* ou la *manus* et l'autorité (*mundium*) du père de famille ou de l'époux chez les Germains. Cette dernière n'était, à la rigueur, qu'un pouvoir fondé sur un *devoir* correspondant, avantageux, pour cette raison, tant à celui qui jouissait de la protection, qu'à celui qui la donnait. Cette autorité n'excluait ni ne détruisait l'idée de la capacité civile de la femme, mais en emportait au contraire l'entière reconnaissance, car c'étaient justement les droits de la femme que le mari devait protéger. La preuve de cette position plus relevée de la femme chez les Germains méridionaux est déjà donnée par Tacite, et nos sources historiques en fournissent une tout aussi complète pour les Germains septentrionaux ou les peuples scandinaves. Tacite parle de la femme mariée comme partageant avec l'homme non-seulement les travaux et les peines de la vie usuelle, mais encore les périls de la guerre[2].

[1] Mittermaier, *ut s.*, II, § 374.

[2] *De moribus Germanorum*, cap. XVIII... « Ipsis incipientis matrimonii « auspiciis admonetur, venire se *laborum periculorumque sociam,* idem in « pace, idem in prælio, passuram ausuramque, etc. »

Des peuples, chez lesquels le mariage était considéré comme une union intime entre époux partageant un sort commun ; où la femme, exerçant une administration plus libre dans l'économie domestique[1], participait activement aux efforts tendants à la prospérité de la famille ; où, par conséquent, il était reconnu à la femme une certaine égalité vis-à-vis de l'homme, ces peuples-là ne devaient pas être entièrement étrangers à l'idée d'une participation de l'épouse, sinon à tous les biens, du moins à ceux acquis par le travail et la sagesse des deux époux. *Ainsi, l'origine de la communauté des biens entre époux doit être à coup sûr cherchée dans cette acception relevée du mariage, et dans les rapports existants entre l'épouse et son mari.* Mais d'autres causes ont assurément contribué dans le cours des siècles à la naissance de cette institution. L'une d'entre elles, la principale, a été l'idée de l'unité de la famille, en vertu de laquelle les biens-fonds hérités étaient censés appartenir à la famille entière ; à cette idée devait se rattacher étroitement celle d'une communauté des biens entre époux, et le principe, passé à l'état d'axiome, que les membres de la famille qui étaient à même pain et pot devaient aussi, en conséquence, partager le produit des travaux communs ; aussi voit-on, chez quelques tribus germaines, les fils avoir une part aux biens du père, déjà même du vivant de ce dernier ; enfin, l'autorité tutélaire (*mundium*) du mari sur la femme, en vertu de laquelle les biens propres de celle-ci passaient sous l'administration de son époux[2], impli-

[1] Tacitus, *ut s.* « Domus et penatium curam fœminis delegatam, etc. » Les peuples du Nord appelaient l'autorité de la femme dans l'intérieur de la maison, *râd innanstock*. Voir Thorlacius : *Borealium veterum matrimonia*. Hafniae (*Copenhague*), 1784, p. 104.

[2] Mittermaier : *Grundsätze des deutschen Privatrechts*, II, §§ 384 et 385, admet que c'est principalement de l'idée du *mundium* du mari que s'est développé le principe de la communauté. — Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 375, y fait l'objection suivante : « Pour l'Allemagne, on donne généralement à la communauté une autre origine, et on la fait dériver *d'un adoucissement du mundium*. Il est bien certain que le *mundium* comme la *manus* romaine a confondu tous les biens de la femme dans ceux du mari, et ainsi a établi une masse indivise dont le mari s'est trouvé le seul administrateur ; mais ce n'est pas le *mundium qui a établi le droit de la femme sur la masse*. — Je ferai remarquer que le développement de l'industrie, seule raison sur laquelle on s'appuie pour expliquer l'adoucissement du *mundium*, ne me paraît pas suffisante pour expliquer le change-

quait déjà, à quelques égards, une communauté extérieure ou formelle ; toutes ces circonstances réunies avaient habitué à l'idée d'une propriété commune, et devaient nécessairement conduire à la réalisation lente mais sûre d'une communauté matérielle des biens entre époux. Le fait que le mariage germanique était, d'après la règle, une monogamie exclusive [1], prouve en outre que les mœurs des Germains *contenaient déjà le germe de l'égalité entre les époux, dont la communauté des biens est une expression positive et réelle.*

Ce que nous venons de dire nous paraît renfermer *les causes générales de la naissance de la communauté tant chez les Germains du Sud que chez ceux du Nord.* D'autres causes, d'une nature particulière, y ont aussi contribué chez différentes tribus, mais nous croyons pouvoir ou les passer sous silence, ou n'en parler que plus tard, quand elles seront amenées par le sujet.

Que l'on nous permette toutefois de faire observer, comme complément à ce qui vient d'être dit sur cette matière, que même l'origine *germanique* de la communauté a été mise en question. Quelques anciens jurisconsultes français ont voulu lui donner le *droit romain* pour origine [2]. Ils ont supposé que les

ment qui se fit dans la position de la femme. » Laboulaye nous paraît avoir pleinement raison sur ce point, car la communauté des biens ne peut être déduite de la *seule* idée du *mundium* du mari. Avec Laboulaye est d'accord Troplong : *Du contrat de mariage*, p. CXL-CXLII, ajoutant : « Le *mundium* n'a pas plus engendré la communauté que la *manus*. » — Kœnigswarter : *Études historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*, XVII (1843), p. 432), cite deux causes principales de la naissance de la communauté, savoir le *mundium* du mari et l'émancipation de la femme dans la famille : « L'une (de ces causes), puisée dans les usages mêmes, était le *mundium* marital ; l'autre, favorisée par le christianisme et la marche de la civilisation, était l'émancipation de la femme. »

[1] Tacite, *ut s.*, chap. XIX : « Sic *unum* accipiunt maritum, quomodo « *unum corpus unamque vitam.* ..... Exceptis admodum paucis qui non « libidine, sed ob nobilitatem plurimis nuptiis ambiuntur. » — La polygamie n'a pas été non plus inconnue dans le Nord ; la preuve en est la défense contenue dans la *Grágás :* Arfa-þ (section des successions), 4 (I, p. 181) d'avoir deux femmes à la fois ; de même, l'*ancienne loi de Gulathing*, 25 (Collection des anciennes lois de la Norwége, *Norges gamle Love*, publiée par Keyser et Munch. Christiania, 1846, I, p. 16), et l'*ancienne loi du Frostathing*, III, 10 (I, p. 151).

[2] Laurière, Bouhier, etc.; voir Odier : *Traité du contrat de mariage*, I, p. 34. Giraud : *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*. Paris,

Germains-Francs avaient appliqué les dispositions du droit romain sur la *societas* au régime des biens entre époux. Cette opinion n'a pas besoin d'être réfutée. D'autres jurisconsultes français ont par contre cherché l'origine de la communauté des biens dans les sources du droit gaulois ou dans certaines coutumes féodales[1]. Nous verrons plus loin que ces hypothèses reposent sur de fausses prémisses.

Quant à la date de la naissance de la communauté, il existe chez les savants un grand nombre d'opinions contradictoires, tant à l'égard *du temps où cette communauté apparaît pour la première fois, que de celui où elle peut être considérée comme définitivement consacrée par la coutume ou par la loi.* Tous paraissent cependant admettre désormais que, chez les peuples germains, la communauté des biens entre époux *n'était pas* en usage dans les temps les plus reculés. Cette opinion est sans doute la seule juste, car les plus anciennes sources n'indiquent nullement une communauté des biens entre le mari et la femme. Il est en outre probable que chez ces peuples, comme chez toutes les nations barbares, la femme était, dans les temps primitifs, tellement subordonnée au mari, qu'aucune communauté des biens n'était possible. On doit se rappeler que la participation de la femme à une propriété commune présuppose toujours une certaine égalité de droits entre l'homme et la femme, égalité qui n'existait pas dans le principe, et ne s'est que lentement développée avec les progrès de la civilisation. Si l'on voulait, du seul récit de Tacite sur les mœurs des Germains, inférer que déjà, dans le premier siècle après Jésus-Christ, la communauté des biens y était

1846, I, p. 56, dit aussi que déjà les Romains connaissaient la communauté des biens entre époux. Voici les propres paroles de l'illustre auteur : « Lorsque le système de la *manus* ancienne eut été adouci, la théorie du mariage romain se trouva changée, et l'union conjugale fut considérée comme une véritable association entre les époux, applicable aux intérêts civils comme aux vicissitudes morales de la vie privée. Dès lors, la pratique d'une *communauté ou société de biens entre époux* s'introduisit dans les mœurs romaines. Elle eut toujours, il est vrai, aux yeux des Italiens, un certain caractère de singularité qui en empêcha le développement ultérieur ; mais elle obtint l'approbation des jurisconsultes, et les doctrines du droit s'y adaptèrent promptement. »

[1] Voir en outre, à cet égard, la note 1 de la page 49, et la note 2 de la page 64.

d'usage général, cette conclusion serait prématurée. On ne pourra assurément jamais préciser avec exactitude l'époque où la communauté fut consacrée pour la première fois par la coutume, ou reconnue comme fondée sur le vœu pur et simple de la loi. Le développement des institutions légales pendant le moyen âge, a eu lieu principalement par la voie de la tradition orale, et n'a pas été simultané chez les différents peuples. Dans le principe, la communauté des biens ne paraît avoir reposé que sur une *convention ;* c'est ce que démontrent, du moins, les anciennes sources du droit scandinave. Cet état de choses paraît avoir longtemps continué, et l'usage de ces conventions ne semble s'être établi que lentement, jusqu'à ce qu'enfin on se fût habitué à considérer certains biens comme toujours communs avec une quote-part déterminée pour chacun des époux, même dans le cas où aucune convention n'avait eu lieu.

Les plus anciennes traces d'une communauté des biens entre époux consacrée par la coutume, se trouvent, selon nous, de bonne heure déjà, chez les Germains méridionaux, dans trois recueils de lois appartenant aux *Lois* dites *des Barbares* (*Leges Barbarorum*), rédigées entre le septième et le neuvième siècle de notre ère. Ces lois sont : la *Loi des Wisigoths* (*Lex Wisigothorum*[1]), la *Loi Ripuaire* (*Lex Ripuariorum*[2]) et la *Loi des Saxons* (*Lex Saxonum*[3]). Comme coutume générale, on ne peut toutefois la faire remonter plus loin qu'au treizième siècle, en Allemagne et en France[4]. Elle paraît aussi avoir été connue de très-bonne heure chez les Scandinaves, ce que témoignent les

[1] On regarde cette collection de lois comme datant de la fin du septième siècle. Cf. de Savigny : *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg, 1816, II, p. 65 et suiv., et Davoud-Oghlou : *Histoire de la législation des anciens Germains*. Berlin, 1845, I, p. 1 et suiv. On croit devoir porter à la fin du sixième siècle la plus ancienne rédaction de ce code (publiée en 1847 par Bluhme, d'après un palimpseste de la bibliothèque de Saint-Germain-des-Prés).

[2] Rédigée dans sa forme actuelle probablement sous le règne du roi Dagobert (630-637. Voir Davoud-Oghlou, *ut s.*, I, p. 599-601, et Laferrière, *ut s.*, III, p. 96-97).

[3] On en fixe la rédaction au temps de Charlemagne, environ l'an 802. Voir Davoud-Oghlou, *ut s.*, II, p. 249. Cf. Gaupp : *Recht und Verfassung der alten Sachsen*. Breslau, 1837, p. 43-58.

[4] Mittermaier : *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, II, § 384.

sagas islandaises[1]; on la trouve même déjà reconnue par la loi dans les plus anciennes sources du droit scandinave, la *Grágás* islandaise[2], et la *Loi norwégienne du Gulathing, du Roi Hakon, fils adoptif d'Adelstein* (*Kong Håkan Adelsteins fostres Gulathings Lov*[3]). Suivant la *Loi d'Upland* (*Uplands Lag*[4]), section des Successions (*Ærf. Balker*), 3, pr., le roi saint Eric (✝ 1160) doit avoir sanctionné comme loi générale du Svealand la communauté des biens meubles probablement déjà en usage alors, avec deux parts pour le mari et une part pour la femme. La communauté des biens aurait donc été, si l'on peut ajouter foi aux données de la *Loi d'Upland*, sanctionnée chez nous par la loi dans la seconde moitié du douzième siècle. Mais si les *traces les plus reculées* d'une communauté des biens sont de date plus ancienne chez les Germains du Sud que chez ceux du Nord, c'est toutefois chez ces derniers, chez les peuples scandinaves, que la communauté des biens entre époux a été reconnue en tout premier lieu comme la norme du régime des biens conjugaux. C'est ce que nous allons chercher à établir dans les chapitres suivants.

CHAPITRE II.

PREMIÈRES TRACES DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ; SON DÉVELOPPEMENT DANS LES LOIS DES GERMAINS MÉRIDIONAUX.

Nous avons indiqué les causes générales qui ont amené la naissance de la communauté des biens entre époux, et l'époque à laquelle cette communauté fut généralement reconnue et sanc-

[1] Niáls *Saga*, Hafniae, 1809, chap. II et XIII. — Laxdaela *Saga*, Hafniae, 1826, chap. XXXIV.

[2] La première rédaction orale du droit islandais fut faite par le « lagman » *Ulfjótr* en 930. La rédaction par écrit n'en eut lieu qu'environ deux siècles plus tard, par le « lagman » *Bergþorr* et Halfid Maurson, dans les années 1118 et 1117; voir Schlegel : *Commentatio historica et critica de codicis Grágás origine*, etc... Hafniae, 1829, I, p. XXIV-V. — Cf. Finsen : *Fremstilling af den islandske Familjeret efter Grágás* (*Annaler for Nordisk Oldkyndighed og Historie*, 1849, p. 175 et suiv.).

[3] Est considérée comme ayant été rédigée en 940, mais contient plusieurs préceptes de date postérieure.

[4] Rédigée à la fin du treizième siècle, et sanctionnée par le roi *Birger Magnusson* en 1296.

tionnée par la loi. Nous allons maintenant, avant de passer à l'histoire de cette institution d'après les sources du droit suédois, en donner un aperçu succinct d'après les anciennes lois des Germains méridionaux, et indiquer ensuite les lois actuelles des Etats de l'Europe moyenne et méridionale, dans lesquelles on rencontre encore des dispositions sur la communauté des biens entre époux.

Nous devons toutefois, avant d'entrer en matière, appeler l'attention du lecteur sur les conditions extérieures considérées comme obligatoires chez les Germains de l'Europe moyenne et méridionale pour la convolation en noces légitimes. La connaissance de ces conditions est nécessaire, car elles sont intimement liées aux effets juridiques du mariage.

Ces conditions, les voici, d'après les *Leges Barbarorum* et les sources de droit contemporaines :

1° Des fiançailles (*desponsatio*) conclues avec de certaines formalités.

2° La donation, ou la promesse faite par le prétendant, d'une somme en espèces ou de biens d'une certaine valeur.

3° La tradition solennelle de la fiancée.

Ces conditions indiquent à elles seules une différence très-considérable entre les mœurs romaines et les mœurs germaines à l'égard du mariage [1]. Les Romains voyaient, dans la célébration avec de certaines solennités, la condition nécessaire du mariage rigoureux avec la *manus*, tandis que dans le mariage libre, cette condition était la dot constituée par le père ou par un agnat qui y était obligé par la loi. Chez les peuples germains, par contre, les *fiançailles*, le *payement de la somme dite de l'achat de la fiancée*, et la *tradition solennelle de cette dernière*, étaient les conditions essentielles de l'union légitime.

Nous avons rappelé plus haut qne l'organisation de la famille germaine était d'une nature politique, et que tous les mâles majeurs de la famille se regardaient comme liés à une défense commune contre des ennemis extérieurs, et à un secours commun dans toutes les affaires intérieures de cette intime association. Chaque famille formait à cet égard vis-à-vis des autres une unité

[1] Cette différence n'a pas échappé à la perspicacité de Tacite, lequel dit, *ut s.*, chap. XVIII : « Dotem non *uxor* marito, sed uxori *maritus* offert. »

absolue, avec les parties constituantes de laquelle on ne pouvait entrer dans une relation plus ou moins intime sans que cette circonstance intéressât la famille entière.

Il est évident que le mariage par lequel une union plus intime devait se conclure entre membres de deux familles différentes, intéressait également toutes les deux. C'était donc une affaire de famille, qui ne pouvait dépendre de la seule volonté de l'homme et de la femme. La femme non mariée se trouvant toujours, comme nous l'avons dit déjà, sous la tutelle de son père ou de ses agnats, *son* assentiment à une demande en mariage ne pouvait suffire à lui seul. Le prétendant devait donc en premier lieu chercher à se procurer le consentement du tuteur dont elle dépendait, ainsi que l'approbation des autres membres de la famille. De riches présents étaient sans aucun doute le moyen le plus efficace, et, par conséquent, le plus en usage dans ce but. Les parents avaient coutume de s'assembler ensuite en une espèce de conseil de famille (conseil des fiançailles [1]), pour fixer les détails de la convention ; on stipulait par contrat toutes les conditions moyennant lesquelles le père ou le *sponsor* consentait au mariage [2] ; on fixait enfin la somme d'argent ou de biens que le prétendant devait payer ou promettre pour son épouse. Il est probable qu'on réglait encore à cette occasion les droits futurs de la femme dans la masse, surtout pour le cas où

[1] Non-seulement les parents mâles de la *femme*, mais encore ceux de l'*homme* étaient présents. C'est ce que montre clairement la loi salique, LXX (Walter, *Corpus juris germanici antiqui*, Berlin, 1824, I, p. 87) : « Si « quis filiam alienam ad conjugium quæsierit præsentibus *suis* et *puellæ* « *parentibus*, etc. »

[2] La naissance et la position sociale du mari n'étaient pas les moins importantes de ces conditions. Cette importance est démontrée par la *Loi des Wisigoths*, III, 1, 7 : « De puella vero, si ad petitionem ipsius, is qui natalibus ejus *videtur æqualis* accesserit petitor, tunc *patruus sive fratres* « *cum proximis parentibus conloquantur, si velint suscipere petitorem :* ut « aut communi voluntate jungantur, aut communi judicio denegetur. » — III, 1, 8 : « Quod si rursus nil fratres contra sororem meditentur adver- « sum, et idcirco morentur, *ut sorori provideant digniorem*, et illa, *honestatis suæ oblita, personæ suæ non cogitans statum*, ad *inferiorem* forte « maritum devenerit, etc. » — Cf. *Lex Alamannorum*, LVII, où il est statué que la femme libre qui se marie avec un serf (*colonus*) perd son droit à la terre paternelle. « *Non intret in portionem terræ*, quia *sibi* « *coæquali non* nupsit. »

le mari viendrait à décéder le premier. La convention même du mariage reçut, par la stipulation et le payement de la somme, *la forme d'un véritable achat*[1]. Que cela ne nous étonne pas : personne n'ignore qu'il est d'usage, chez les peuples barbares, de rendre toute convention importante comme palpable par le moyen de formes extérieures. De toutes les conventions appartenant à la vie journalière, aucune n'est assurément plus importante que l'achat. Aussi considérait-on, sans aucun doute, la forme de l'achat comme se rapprochant le plus de la convention matrimoniale, sans que toutefois il en résultât nécessairement que la fiancée fût considérée comme une marchandise constituant l'objet d'une transaction de ce genre. On en vint donc à procéder dans les conjonctions matrimoniales comme dans les actes d'achat. La somme stipulée y fut un gage de l'honnêteté des intentions du fiancé ; elle marquait aussi que les parents de la fiancée étaient disposés à entrer avec lui dans des relations intimes[2], en lui confiant un membre de leur famille jusque-là placé sous leur dépendance.

Nous ne devons, toutefois, pas omettre de mentionner les divergences d'opinion qui ont partagé les jurisconsultes sur la question de savoir s'il faut considérer la somme stipulée de la manière susdite comme *un prix pour la personne de la femme*, ou plutôt comme *un dédommagement pour l'autorité tutélaire* (*mundium*[3]) *que le mariage faisait passer des mains du père ou des agnats dans celles de l'époux*. La dernière opinion a généralement prévalu[4]. Quant à nous, nous considérons aussi comme

[1] Les expressions employées dans les lois y font allusion ; ainsi, *Lex Wisigothorum*, III, 1, 2 : « Si pater de filiæ nuptiis definierit, et de *pretio* « convenerit... » Cf. *id.*, III, 4, 7. — *Lex Saxonum*, VII, 3 : « Qui viduam « ducere velit, offerat tutori *pretium emtionis ejus* ; » *id.*, XVIII, 1 : « Lito « regis liceat *uxorem emere* ubicunque voluerit. » — *Lex Burgundionum*, XXXIV, 2 : « Si quis uxorem suam sine caussa dimiserit, inferat ei alterum « tantum, quantum *pro pretio* ipsius dederat, etc. »

[2] Voir note 2, p. 33.

[3] Wilda : *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, p. 800 : « Der ver- « trag näherte sich einem eigentlichen Kaufvertrag, wiewohl *weder die* « *Person selbst noch die Mundschaft als eigentlicher Gegenstand des Kaufes* « *betrachtet werden kann*. »

[4] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 184 ; — Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 113 ; — Kraut : *Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts*, Gottingue, 1835, I, p. 172. — Davoud-Oghlou, I, p. XLI. — Mitter-

probable que la somme d'achat (*pretium emtionis*) *n'était pas réellement un payement pour la personne de la femme*, car assurément les Germains ne vendaient pas la femme libre, et ils la traitaient encore moins à l'égal de la femme esclave. Si donc le *pretium emtionis* est mentionné dans plusieurs passages des *Leges Barbarorum* comme un dédommagement pour le *mundium*[1], le but principal de ce *pretium* devait toutefois être *de confirmer le lien d'amitié que le mariage allait établir entre le fiancé et sa famille, d'un côté, et la famille de la fiancée, de l'autre, ainsi que de manifester le sérieux et la sincérité de la demande en mariage*. Aussi est-il dit dans l'une des *Lois des Barbares*, que la somme donnée pour la fiancée, l'était afin de procurer au mariage la dignité (*dignitatem*[2]) nécessaire. Or cette dignité aurait été impossible, si l'on n'avait pas jugé que le payement d'une somme d'argent constituait justement une garantie que l'homme voyait dans la femme une épouse et non une concubine.

Lorsque Tacite parle du mariage chez les tribus germaines, dont il décrit si bien les mœurs, quoiqu'il y ait peut-être un peu d'exagération dans ses tableaux, il le fait d'une manière qui a donné naissance à une autre hypothèse, savoir : que la donation

maier : *Grundsätze des deutschen Privatrechts*, II, § 374 : « Die Behauptung « von der frühern würdigen Ansicht der Ehe leidet auch nicht durch diesen « *Brautkauf, der nicht ein eigentlicher Kauf der Person der Braut war*, « sondern auf der früheren Sitte beruhte, nach welcher die Verwandten « der Braut, die den Vertrag eingingen, vielleicht in der ersten Zeit die « Summe festsetzten, unter welcher sie der Werbung nachgaben, und *das « bisher ihnen zustehende* Mundium *dem Manne übertrugen*. » — Warnkönig (u. Stein) : *Französische Staats-und Rechtsgeschichte*, Bâle, 1848, II, p. 233. — Kœnigswarter : *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 123, ainsi que les articles du même auteur : *Etudes historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*), XVII (1843), p. 402, et *Etudes historiques sur les développements de la société humaine* (même *Revue*), t. XXXIV (1849), p. 158.

[1] *Edictum Rotharis*, CCXVII : « Reddant *pretium*, quod *pro mundio mulieris* datum est, etc. » — C'est dans les lois des Lombards et des *Allemans* que la somme stipulée est dite donnée « *pro mundio*. »

[2] *Loi des Wisigoths*, qui nomme le don du fiancé pour la fiancée « *pretium*, » « *pretium filiæ*, » « *pretium dotis*, » et même seulement « *dos*. » Chap. III, 2, 9 : « Nam ubi dos data nec conscripta, quod testimonium esse « poterit, in hoc conjugio, *dignitatem* futuram ? »

du fiancé n'était autre chose *qu'un témoignage d'estime envers la fiancée,* indiquant en même temps le devoir futur [1] de cette dernière de partager avec son époux les joies et les peines de la vie. Il ne faut pas donner trop d'importance au texte de Tacite, mais plutôt s'en tenir aux expressions des plus anciennes sources du droit que l'écriture nous ait conservées, les *Leges Barbarorum.* Elles montrent avec une pleine évidence que le prix d'achat ne revenait pas, dans le principe, à la fiancée elle-même, mais à ses *sponsores.* Cette circonstance appuie sans doute l'opinion d'un véritable achat, mais elle ne constitue pas une preuve absolue. On peut, au reste, se faire l'opinion que l'on voudra sur le *pretium nuptiale*, on peut admettre que la somme stipulée était originairement considérée par l'esprit rude des tribus barbares comme une véritable somme d'achat, et la stipulation elle-même comme une stipulation d'achat; ce qui est certain, c'est que de très-bonne heure le nom et la forme seuls restèrent [2].

[1] *Germ.*, chap. XVIII : « *Dotem* non uxor marito, sed uxori maritus « offert. Intersunt parentes et propinqui ac *munera probant.* Munera non « ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova nupta comatur, sed boves « et frenatum equum et scutum cum framea gladioque. *In hæc munera* « uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro affert. Hoc « maximum *vinculum*, hæc arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur. « Ne se mulier extra virtutum cogitationes, extraque bellorum casus « putet, ipsis matrimonii auspiciis admonetur, venire se bellorum periculorumque sociam, idem in pace, idem in prælio, passuram ausuramque. « *Hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant.* » — Ce passage a été l'objet d'interprétations divergentes. — Cf. J. Grimm : *Deutsche Rechtsalterthümer*. Gottingue, 1828, p. 423-24, et Eckardt : *Das Witthum* (*Zeitschrift für deutsches Recht*, X, p. 437-38).

[2] Laferrière : *Histoire du droit*, etc., III, p. 156, admet qu'au temps de Charlemagne, un véritable *achat* de la fiancée avait lieu chez les Saxons : « L'*achat*, dit-il, dans toute sa rudesse, se retrouve encore dans la loi des Saxons, rédigée sous Charlemagne, vers l'an 804 : « *Uxorem ducturus* « *CCC solidos det parentibus ejus.* » Kœnigswarter (*Revue de législation et de jurisprudence*), XXXIV (1849), p. 159, est du même avis : « La loi saxonne contient le principe de l'achat dans sa crudité primitive; la femme y est réellement achetée, et le prix payé aux parents. » — Mais on pourrait avec toute raison objecter que le montant élevé de la somme, déjà fixé par la loi, paraît indiquer que la signification d'un achat réel ne s'y trouve plus. Car dès que les parties contractantes n'ont plus la liberté de fixer elles-mêmes le prix, il ne faut plus penser à un achat proprement dit. Il est possible, toutefois, que le montant fixé dans la loi saxonne ne soit qu'un maximum. Cf. cependant Gaupp, *ut s.*, p. 218.

L'influence du christianisme sur l'adoucissement des mœurs y dut contribuer pour une très-grande part[1]. Le fait que la somme d'achat fut plus tard fixée *au sou et au denier* (*solido et denario*), comme c'était l'usage chez les Francs Saliens, montre évidemment que l'achat était devenu une simple formalité, et la somme d'achat un symbole[2].

Cette somme fournie par le mari apparaît dans les *Lois des Barbares* sous différents noms, tels que *pretium emtionis*[3], *pre-*

[1] J. Grimm, *ut s.*, p. 424 : « *Preis* und *Gabe*, vermuthe ich, waren an- « fangs dasselbe; als das christenthum den schluss der ehe von andern « bestimmungen abhängig machte, fing die *idee* des kaufs an zu weichen ; « *das pretium* verschwand oder wurde sogar verboten. »

[2] C'était le cas chez les Francs Saliens à l'époque où la loi salique fut rédigée (la dernière rédaction est du temps de Charlemagne. Voir Davoud-Oghlou : *Histoire de la législation des anciens Germains*, I, p. 455 et suiv.). Lorsqu'un homme épousait une veuve, il ne devait payer que : « *III solidos* « *et I denarium.* » Cette somme *symbolique* d'achat, qui échéait à la famille du premier mari, est nommée dans la loi salique, XLVII, « *reipus.* » — Grimm, *ut s.*, p. 425, donne à ce mot l'étymologie suivante : « Es kann « nicht anders sein als unser *reif*, goth. *raips*, ags. *râp*, altn. *reip* (= sué- « dois *rep*, corde) ; — die bedeutung ist *funis*, *lorum*, *restis*, *vinculum*...; « dann könnte *reipus* im allgemeinen *band* ausdrücken, wodurch das ver- « löbniss *gefestigt*, die braut *gebunden* wird. » — Leo : *die Malbergische Glosse*, Halle, 1843, II, p. 128-30, déclare ce mot d'origine celtique, ajoutant : « *Nicht das Kraufgeld* heisst ursprünglich *reibus*, sondern das Ver- « hältniss, welches abgekauft wird. » Cf. Waitz : *Das alte Recht der Salischen Franken*, Kiel, 1846, p. 111-112 et 292, et en outre Davoud-Oghlou, I, 554-59). — Quand un homme épousait une fille vierge, il ne payait, à titre de somme *symbolique* d'achat, *qu'un sou et un denier* (*solidum et denarium*). Cf. Pardessus : *Loi salique*, Paris, 1843, p. 668. Laferrière : *Histoire du droit*, etc., p. 156-57 ; — Warnkönig, *ut s.*, II, p. 234. — Gans : *Das Erbrecht*, IV, p. 55-56, nie, au contraire, que le *reipus* et le payement du *sou* et du *denier* aient été un simple symbole, disant : « *Dass* der *Kaufpreis* « hier bloss symbolisch gewesen sey — lässt sich nicht annehmen. Denn « ein *symbolischer* Kauf setzt schon eine hohe Bildung, die Abstreifung « des natürlichen und das Beibehalten desselben als Erinnerung und als « Hintergrund voraus. » — Kœnigswarter, *ut s.*, p. 163-64, est du même avis. — Les raisons que donne Pardessus pour l'admission d'un achat symbolique, nous paraissent toutefois plus probables.

[3] *Lex Saxonum*, VII, 3. Voir plus haut, note 1, p. 34.

tium nuptiale[1], *Wittemon*[2], *meta*[3], (*methfio*) *mundium*[4], *reipus*[5], *dos*[6]. La précision avec laquelle les lois statuent à cet égard, montrent suffisamment que le *pretium nuptiale*, ou quelque autre dénomination que l'on donnât à cette formalité, était une condition essentielle du mariage légal[7]. Cette somme, que le prétendant était dans l'obligation de fournir, dut assurément échoir dans le principe au père de la fiancée ou à son *sponsor*[8], tandis qu'elle n'en recevait qu'une faible part. Tel fut, selon toute

[1] *Lex Burgundionum*, LXI.

[2] *Ibid.*, LXIX–LXXXVI, 2; *add.* I, 14; — Kraut, *ut s.*, p. 303, note 11, fait dériver le mot *wittemon* de *wetten*, pacisci, spondere; mais cette dérivation ne nous paraît pas admissible. — Il nous semble plus probable que ce mot est apparenté au scandinave *viþer* (contra) et *mundr* (donum), quoique nous n'osions décider dans cette question.

[3] *Edictum Rotharis*, CLXVII, CLXXVIII, CLXXXII, etc. Voici l'explication que donne Grimm, *ut s.*, p. 422, du mot *meta*, *methium* : « Mêta ist « das ahd. *mieta*, *mietscaz*, agls. *méd*, *medsceat*, d.h. munus, merces, præ« mium. » — Le *pretium nuptiale* est cependant aussi nommé *mundium* (*Ed. Rotharis*, CLXXXIII, CCXVII; *Leg. Luitprandi*, CXXVI). On peut donc se demander si la *meta* (methium) des Lombards n'est pas une contraction de *mundium*, auquel se rattache le scandinave *mundr* (*munus sponsalitium*). Grimm, *ut s.*, p. 449, note *, ne paraît pas vouloir reconnaître de liaison entre *meta* et *mundium*, *mundr*. Mais elle est admise comme certaine par Ihre : *Glossarium Sveo-Gothicum*. *Upsaliæ*, 1769, II, p. 205, et Thorlacius : *Om det gamle Nordiske Lovsprog* (*Kgl. Danske Videnskabernes Selskabs Skrifter*. Copenhague, 1793, IV, p. 190). Elle nous paraît très-probable, mais il faut laisser aux philologues la solution de cette question sujette à débats. Quelques codices ont aussi *métfio* pour meta. Davoud-Oghlou, *ut s.*, II, p. 57, émet pour cette cause l'hypothèse suivante : « Ce mot (*meta*) pourrait bien être corrompu du mot *metfio*, c'est-à-dire de *fio*, aujourd'hui en allemand *Vieh*, bétail, argent, comme le mot *pecunia*, et de *met*, *mit*, avec, c'est-à-dire les biens que la femme aura avec elle. » Mais cette interprétation est assurément erronée.

[4] Voir la note précédente. — Grimm, *ut s.*, nie que le mot *mundium* pris dans le sens de payement, se rencontre dans plus d'un passage (*Ed. Roth.*, *CLXXXIII*) de la loi des Lombards. Le fait est qu'on le trouve encore dans deux autres.

[5] Voir note 2, p. 37.

[6] *Lex Wisigothorum*, III, 1, 6; — Kraut, *ut s.*, I, p. 307-10, a démontré que ce qui est nommé *dos* porte, dans d'autres passages de la même loi, la dénomination de *pretium filiæ*.

[7] Cf. Ginoulhiac, *ut s.*, p. 199.

[8] Cf. Grimm, *ut s.*, p. 423; — Ginoulhiac, *ut s.*, p. 188; — Pardessus, *ut s.*, p. 668.

apparence, le cas aussi longtemps que le *sponsor* eut à décider seul du mariage de la femme. Mais à mesure que des mœurs moins rudes exigèrent que la femme elle-même donnât son consentement, elle participa, sans doute, de plus en plus au *pretium nuptiale*. Quelques *Lois des Barbares* montrent déjà que la fiancée recevait de la sorte une partie de la somme stipulée[1], et qu'enfin elle l'obtint tout entière à titre de don nuptial. C'est ce que prouvent évidemment les *Lois des Lombards*[2], d'après lesquelles la *meta* constituait dans le principe un prix d'achat, mais reçut dans la suite la signification de présent[3], remis sans l'intervention d'un tiers par le fiancé à la fiancée.

Enfin toute mention de prix nuptial disparaît, et l'on ne voit plus (*Lois des Allemands*[4] et *des Francs Ripuaires*[5]) qu'une dot (*dos*, *dos legitima*[6]) donnée sans intermédiaire par le mari à son

[1] Cf. Kraut, *ut s.*, I, p. 305 ; — Davoud-Oghlou, *ut s.*, I, p. 409. — Une comparaison entre les chap. LXVI, 1, 2, et LXXXVI, 2, 3, de la loi des Bourguignons, montre que dans certains cas la femme recevait un tiers du *Wittemon*. Cf. Gans, *ut s.*, IV, p. 34 ; — Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 115. — Kraut, I, p. 306, remarque avec raison, à ce qu'il nous semble, « dass bei den Burgundern der Vater und der Bruder nicht zur Abgabe « eines bestimten Theils des *Wittemon* an der Braut verpflichtet waren, « sondern es ihrer Liberalität überlassen wurde, wie viel sie geben woll- « ten, während man für entferntere Verwandte in dieser Beziehung we- « nigstens in späteren Zeiten, ein gesetzliches Gebot für nothwendig hielt. »

[2] La collection des lois lombardes se compose de l'*Edictum Rotharis*, rédigé en 643, sous le règne du roi ROTHARIS ; des *Leges Grimoaldi* (an 668) ; des *Leges Luitprandi* (années 712-735) ; des *Leges Rachis* (an 745), et des *Leges Astulphi* (an 749). — Cf. Davoud-Oghlou, II, p. 7 et suiv.

[3] *Ed. Rotharis*, CLXXVIII : « *Meta* quæ exacta fuerit, sit in potestate « *puellæ* aut mulieris. » *Leg. Luitprandi*, LXXXVIII : « *Si quis conjugæ* « *suæ* metam dare voluerit, etc. »

[4] La *Lex Alamannorum*, est considérée avoir été rédigée par écrit au commencement du huitième siècle. Voir Davoud-Oghlou, I, p. 304.

LV, 1 : « Si quis liber mortuus fuerit, et reliquit uxorem sine filiis « aut filiabus..., sequatur eam *dotis* (dos) legitima, etc. » LVI, 1.

[5] XXXVII : « Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit... « *quinquaginta solidos in dotem* recipiat. »

[6] Bluntschli, *Rechts-u. Staatsgeschichte Zürichs*. Zurich, 1838, I, p. 104, remarque : « Ob darin (die *dos legitima*) der Kaufpreis zu suchen sey, « welchen der Mann dem Vater der Braut zu entrichten hatte, der durch « die Sitte dann aber dieser überlassen worden wäre, oder ob ein solcher « Kaufpreis noch daneben vorgekommen, wage ich nicht zu entscheiden. « Doch scheint mir das letztere warscheinlicher. Aber so viel ist gewiss, « dass diese Brautgabe der Frau gehörte. »

épouse: Quoique cette dénomination de dot fût romaine, elle avait pourtant une tout autre signification que chez les Romains. Dès que s'introduisit l'usage de concéder à la fiancée une partie, puis la totalité de la somme stipulée, l'idée d'achat dut peu à peu disparaître pour s'éteindre enfin totalement. On trouva sans doute plus convenable de fixer à la femme une certaine somme par une convention directe lors des fiançailles, plutôt que de lui préparer le même avantage par un détour. Ces conventions avaient lieu, soit verbalement, par une tradition symbolique[1], soit par écrit (*per libellum dotis*[2]). La dot barbare devint dès lors une condition tout aussi nécessaire du mariage légal, que l'étaient jadis le *pretium nuptiale* et la dot romaine[3]. Quant à la somme, dès qu'un contrat ne l'avait pas fixée, les lois la statuaient, mais n'établissaient assez souvent qu'un maximum[4]. Il semble que l'on soit toutefois parti du principe que la grandeur de la dot devait se proportionner à la famille, la position sociale ou la fortune du mari[5]. De même que la *meta* des Lombards devint, de prix nuptial qu'elle était dans des temps antérieurs, un don immédiat en faveur de la fiancée, de même la dot (*dos*, *dos legitima*) constituée de la sorte par le mari en faveur de son épouse, est, quoique placée sous l'administration du mari, la propriété de la première. A la mort de la femme,

[1] Une tradition symbolique de ce genre était en usage chez les Francs, « *per festucam et andelangum.* » Plusieurs des *formules* dites *de Lindenbrog* (*Formulæ Lindenbrogii*, du neuvième au onzième siècle) en donnent des exemples (voir *Form.* LXXV) (chez Walter, III, p. 434). — Cf. Pardessus : *Loi salique*, p. 669. — Pour l'explication de la tradition symbolique « *per* « *festucam et andelangum,* » ainsi que pour l'étymologie du mot « *andelang,* » voir Grimm, p. 196-99.

[2] *Loi Ripuaire*, XXXVII, 1 : « *Tabularum seu chartarum instrumenta.* » Les *Formules de Marculfe*, II, 15, et celles de *Lindenbrog*, LXXV, contiennent le formulaire du *libellus dotis.*

[3] Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 119 : « On appliqua à la *dos germanique* les principes qui régissaient la *dos* romaine; le douaire fut une condition du mariage légitime, comme l'avait été la dot. » Ginoulhiac, *ut s.*, p. 197.

[4] *Lex Ripuariorum*, XXXVII, 2. Voir plus haut, note 5 (2e alin.), p. 263. — *Lex Alamannorum*, LV, 2 : « Dotis legitima autem *quadraginta solidis* constat, etc. » — Cf. Pardessus, *ut s.*, p. 683 ; — Warnkönig, *ut s.*, II, p. 255.

[5] *Lex Bajuvariorum*, VII, 14 : « Mulieri autem *dotem* suam *secundum* « *genealogiam* suam solvat legitime. » — *Lex Wisigothorum*, III, 1, 5.

cette dot appartenait à ses enfants ou à ses plus proches héritiers. Quelques capitulaires permettaient toutefois à l'homme de retenir, dans de certaines circonstances, un tiers ou la moitié de la dol. Au reste, le droit de l'épouse sur sa dot présente, dans les différentes lois barbares, des divergences que le manque d'espace nous force de passer sous silence. Mais, en général, l'usage ne paraît avoir reconnu peu à peu à la femme que l'*usufruit* de sa dot, laquelle, d'après la règle, devait retourner, à sa mort, au mari ou aux héritiers de ce dernier[1].

L'influence que l'Eglise exerça pendant le moyen âge, donna naissance à la coutume de conclure les *sponsalia* sous les auspices du clergé, et de fixer en même temps la dot, ou, comme disait la loi, *dos ad ostium ecclesiæ*[2].

[1] Dans les derniers temps, les jurisconsultes se sont partagés sur la question de savoir si la femme obtenait à l'égard de sa dot un vrai droit de propriété ou un simple droit de survie, durant son veuvage. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 121, s'exprime comme suit dans cette question : « Tant que la dot ne consista qu'en choses *mobilières*, elle devint certainement *la pleine propriété de la femme* après la mort du mari. Je dis *après la mort du mari*, car pendant le mariage la femme n'a aucune propriété mobilière distincte ; les biens des deux époux font masse, et le mari seul a sur ses biens un pouvoir absolu. *Si la femme meurt la première, il semble que cette constitution de douaire ne produise aucun effet.* Aucun texte, il est vrai, ne le dit positivement, mais je ne connais aucun diplôme où il soit parlé du douaire d'une femme morte avant son mari. — Quant au douaire immobilier, la formule de *Lindenbrog* (LXXIX), attribue à la femme *la pleine propriété* ; elle est saisie tout aussi bien que par la vente que lui consentirait un étranger. Néanmoins, il est à croire *que son droit de propriété ne passait qu'à ses enfants*, et que dans le cas où la femme mourait sans enfants, le douaire faisait retour aux héritiers du mari. » — Cf. Pardessus, *ut s.*, p. 683-84, et Kœnigswarter, *ut s.*, lesquels se rattachent à la même opinion. — Ginoulhiac, *ut s.*, p. 192–95, dit au contraire que : « La dot ne consistait pas seulement en usufruit, mais en *pleine propriété*, au moins lorsqu'il n'y avait pas d'enfants nés du mariage. Aussi la femme la conservait-elle quoiqu'elle convolât à de secondes noces. — A la mort de l'épouse, la dot était transmise *à ses enfants ou à ses autres héritiers*, à l'exclusion de ceux du mari, alors même que cette mort arrivait pendant la durée du mariage. S'il existait des enfants, le mari n'avait d'autre droit sur la dot que celui de la leur conserver pendant leur minorité. — *La condition de survie n'était donc pas attachée à la dot*, qui constituait, dès lors, *un patrimoine propre et séparé pour l'épouse*, même sous la puissance maritale. *Ce n'était donc pas non plus*, comme l'ont cru la plupart des auteurs, *un droit de viduité ou de succession.* » — Cf. Warnkönig, *ut s.*, II, p. 255-56.

[2] Cf. Ginoulhiac, p. 210 et suiv.; — 225 et suiv.

Les documents postérieurs au neuvième siècle font mention de cette dot sous le nom de *doarium* ; ordinairement elle consistait dans l'usufruit d'un immeuble du mari, et était faite pour l'éventualité de la survivance de la femme. Pendant le mariage, le mari l'administrait, et la femme n'y avait d'autre droit que de pouvoir l'empêcher de disposer, à son détriment, des biens constituant le douaire. Cette dot ou ce douaire paraît avoir été, durant le moyen âge, une condition principale du mariage légitime [1]. Ce fut d'elle que provint plus tard la donation connue en Allemagne sous le nom de *Leibzucht*, *Leibgeding* [2] et *Wittum* [3], en Suisse, sous celui de *Leibding* [4], et que, lors de la convolation en mariage, le mari constituait en faveur de sa femme pour le cas où elle lui survivrait [5]. Cette libéralité consistait ordinairement dans l'usufruit viager d'un immeuble appartenant au mari [6].

[1] Cf. Warnkönig : *l. c.*, II, p. 267.

[2] Cf. Mittermaier : *Grundsätze d. deut. Privatrechts*, II, § 394, émet l'hypothèse que la coutume du *Leibgeding* fut amenée « *durch den alten* « *üblichen Kaufpreise*, und die vom Ehemanne bei Eingehung der Ehe ge- « machten Geschenke. » — Bluntschli : *l. c.*, I, p. 106, dit de même qu'il ne peut contester « dass *das Wittum* ursprünglich mit jener *Brautgabe* (*dos* « *legitima*) gleich bedeutend gewesen sei. » — Eckardt : *das Witthum* (*Zeitschrift für deutsches Recht*, X, p. 457), regarde comme indubitable que « *das Leibgeding* nichts anders als *die alte dos*, nur in neuer rechtgemässer « Gestaltung, ist. »

[3] Mittermaier : *l. c.*, II, § 394, note 3, paraît admettre que le mot « *Wittum* » ne vient pas de « *Wittwe*, » mais de « *widmen*. » — Eckardt : *l. c.*, p. 493, est d'un avis contraire, et soutient que le mot doit s'écrire *Witthum*.

[4] Bluntschli : *l. c.*, I, p. 282.

[5] Ce *Leibgeding* (*dotalitium*) fut souvent confondu, pendant le moyen âge, avec la *donatio propter nuptias* des Romains, ce qui eut pour résultat de faire prendre parfois au *Leibgeding* la signification d'une *rente viagère* que le mari constituait à la femme pour en jouir après la mort du premier, *et qui était en proportion de la grandeur de la dot apportée par la femme.* Mittermaier : *l. c.*, II, p. 394. Le *Leibgeding* (*dotalitium*) est encore actuellement en usage en Allemagne, dans cette signification, mais les dispositions qui s'y rapportent varient suivant les lois des divers États. — Eckardt : *l. c.*, p. 487, fait observer à cet égard : « *Fast jedes Particularrecht hat sein* « *eignes dotalitium*, und die Stellung, Bedeutung, und speciellen Eigenschaf- « ten desselben, lassen sich nur im Systeme jedes Particularrechts genügend « angeben und verstehen. »

[6] Le nom de *wittum* (*vidualitium*) est donné de nos jours, pour le distin-

Plusieurs lois barbares mentionnent, outre la *meta* ou la *dos*, un autre don du fiancé à la fiancée, lequel avait sans aucun doute quelques rapports avec le *pretium nuptiale* primitif, si même il n'en constituait pas une partie[1]. C'est le *Morgengeba*[2], *Morgengab*, libéralité à laquelle l'homme s'engageait lors des fiançailles, mais qui, en vertu de la coutume, n'était donnée que le lendemain du mariage, après une nuit de cohabitation[3].

On admet ordinairement que le *Morgengabe* avait dans le principe la signification de *pretium virginitatis*[4]. Il est très-probable que l'on a dans des temps reculés donné une telle signification à ce mot. Mais si, d'après ce que nous avons dit plus haut, le *pretium nuptiale* comprenait aussi des présents destinés à exprimer ou à prouver l'affection du fiancé pour la fiancée, il est facile de s'expliquer comment ce qui primitivement était compris dans la somme donnée ou promise aux parents ou aux *sponsores* de la femme[5], devint plus tard un don spécial, revenant à la fiancée elle-même, dès que les époux avaient consommé le mariage par la cohabitation. Le *Morgengabe* consistait soit en certains meubles ou immeubles[6], soit seulement dans l'u-

guer du *Leibgeding* (*dotalitium*), à l'aliment (ordinairement l'usufruit d'un immeuble ou aussi de rentes annuelles) que l'homme, *sans égard aux apports de la femme*, constitue, sur la propriété qu'il laissera à sa mort, au bénéfice de son épouse pendant le temps qu'elle restera veuve. Cf. Mittermaier : *l. c.*, II, § 396. — Eichhorn : *Einleitung in das deutsche Privatrecht*. Gottingue, 1845 (5e édit.), § 306. — Eckardt : *l. c.*, p. 488–93.

[1] A la même opinion se rattachent Gaupp (*Recht und verfassung der alten Sachsen*, p. 187) et Ginoulhiac, *l. c.*, p. 202.

[2] *Lex Ripuariorum*, XXXVII, 2... « Quicquid ei in Morgangeba traditum « fuerat. » — *Lex Alamannorum*, LVI, 2... « Maritus mihi dedit *Morgangeba*, etc. » — *Lex Burgundionum*, XLII, 2 : « De *Morgangeba* vero... « permaneat. » — *Ed. Rotharis*, CIC... « habeat sibi inante *morgengab* et « methium, etc. » — *Leges Luitprandi*, VII : « Tamen ipsum *Morgengab* « volumus, ut non sit amplius, nisi quarta pars de ejus substantia, qui « ipsum *morgengab* dedit. » Suivant Gaupp, p. 182, la *dos* de la loi des Saxons (VIII et IX) n'est autre chose que le *Morgengabe*.

[3] Cf. Grimm : *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 441-42.

[4] Cette opinion est partagée par Gaupp, p. 188 ; Ginoulhiac, *l. c.*, p. 202 ; Bluntschli, *l. c.*, I, p. 108 ; Warnkönig, *l. c.*, II, p. 257.

[5] L'opinion que le *Morgengabe* est né du *pretium nuptiale*, ou en a constitué une part, est admise par Schlegel : *Om Morgongavens Oprindelse* (*Astraea*, Copenhague, 1799, II, p. 189-190), ainsi que par Schlyter : *Juridiska Afhandlingar*, Upsala, 1836, I, p. 201.

[6] Cf. Ginoulhiac : *l. c.*, p. 206.—Laferrière : *Histoire du droit*, III, p. 160,

sufruit de ces derniers. D'après la règle, le droit de la femme sur le *Morgengabe* n'entrait en vigueur que lorsqu'elle survivait à l'homme, et si ce droit concernait un immeuble, il ne pouvait être transmis à ses héritiers, mais constituait tout simplement un gain de survie.

L'usage du *Morgengabe* s'est maintenu jusqu'à nos jours en Allemagne[1] et en Suisse[2]. En France, il paraît avoir été confondu de bonne heure avec la *dot germanique*, c'est-à-dire le *pretium nuptiale* primitif, transformé en un don à la fiancée. C'est de cette fusion que naquit le don connu plus tard sous le nom de *douaire*[3] dans les coutumes du moyen âge, et qui, de

admet que la femme pouvait aussi obtenir le *Morgengabe* en immeubles, avec plein droit de propriété.

[1] Mittermaier : *l. c.*, II, § 398, dit que la femme est considérée comme ayant déjà, pendant le mariage, droit de propriété sur le *Morgengabe*, dès que celui-ci a été remis ou stipulé.— Eichhorn : *l. c.*, p. 728-29, remarque que la stipulation du *Morgengabe* est encore en usage en Allemagne, principalement chez la noblesse et chez les paysans.

[2] Bluntschli : *l. c.*, II, p. 164-65.

[3] Les opinions des jurisconsultes sont encore partagées sur l'origine du *douaire* statué dans les coutumes. Laferrière, *Histoire du droit, etc.*, III, p. 159-60; V, p. 645, croit que le *douaire* est venu du *Morgengabe*. — Cf. l'article du même auteur, *De l'esprit du droit germanique* (*Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 861). — Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière*, Paris, 1839, p. 403, est, par contre, disposé à admettre que l'origine du douaire peut se trouver dans la *dos* germanique, hypothèse qui paraît être devenue certitude chez le même auteur : dans son dernier et célèbre ouvrage (*Recherches sur la condition des femmes*), où il dit, p. 117 : « Le *pretium nuptiale*, attribué à la femme, devient *douaire*. »—Ginoulhiac: *l. c.*, p. 207-13 et 325-37, prend une moyenne qui, sans aucun doute, est plus rapprochée de la vérité, lorsqu'il regarde le *douaire comme provenant d'une fusion de la dot et du Morgengabe*. « Les éléments de chacune d'elles furent mêlés et confondus, sans aucun égard à leur origine, *et il en sortit une institution nouvelle*, différente de l'une et de l'autre. » Les anciennes *Coutumes* françaises avaient formulé la règle : « Au coucher, la femme gagne son douaire; » aussi Ginoulhiac ajoute-t-il, p. 327 : « Nous croirions même découvrir dans cette disposition des traces de *la fusion de la dot et du Morgengabe dans le douaire*. »— Pardessus : *Loi salique*, p. 673, note 2, et p. 684, est de la même opinion : « On peut même croire que, dans la suite, *on confondit ces deux libéralités, et que le tout ne forma plus qu'un gain de survie sous le nom de douaire*. »— Warnkönig : *l. c.*, II, p. 254, pense de même : « Der Ursprung derselben (du *douaire*) ist nicht schwer nachzu- « weisen, man findet es in dem von den ältesten germanischen Quellen « erwähnten zweifachen Institute der *dos* und der *morgengabe*. » — Enfin

même que la *dos* ou le *doarium*, était considéré comme une condition nécessaire du mariage légal, qu'il distinguait du concubinat, très-commun dans ces temps-là [1]. Ce douaire était constitué avant le mariage sur une certaine partie des biens du mari en faveur de la femme, quelquefois avec le droit de propriété, mais, d'après la règle, à titre de simple usufruit, en cas de survie.

Outre ces libéralités de la part du mari, la femme recevait encore de la maison paternelle, en entrant en mariage, une certaine donation [2]. Mais cette coutume était probablement de peu d'importance chez les Germains méridionaux, conclusion que l'on pourrait tirer, du moins, des rares dispositions que l'on rencontre à cet égard dans les plus anciennes sources de leur droit [3]. Cette donation était, sans doute, pour la femme, une espèce de compensation d'héritage, ou un à-compte sur ce qui devait un jour lui revenir par succession. On pourrait la comparer à la *dos profectitia* des Romains, quoiqu'elle n'ait jamais été, comme cette dernière, une condition absolue du mariage légitime. Cette donation, consistant à l'ordinaire en ustensiles de ménage et en vêtements, venait du père de la fiancée, et on l'appelait, pour cette cause, dans les *lois anglo-saxonnes*, *faeder-*

Kœnigswarter : *Revue de législation et de jurisprudence*, XVII, 1843, p. 409-422, et XXXIV, 1849, p. 158-179, partage aussi ces idées.

[1] Il était aussi d'usage de stipuler le *douaire* sous de certaines formalités, « *à la porte du moustier.* » Cf. Ginoulhiac, *l. c.*, p. 328 : « La femme recevait le douaire comme épouse et mère de famille. *Comme la* dos *ancienne, il la distinguait toujours de la concubine*, car il n'avait lieu, soit en France, soit en Allemagne et en Angleterre, que dans *le mariage légitime*, et jamais dans le concubinat. » — Warnkönig, *l. c.*, p. 257.

[2] Tacite déjà semble faire allusion à la coutume que la femme apportait quelque chose à la masse, lorsqu'il dit (*l. c.*) : « Atque invicem *ipsa* armo- « rum aliquid *viro* affert. »

[3] Warnkönig : *l. c.*, p. 262-63, ne veut pas admettre que cette donation ait été connue dans l'ancien droit germanique : « Im ältesten germanischen « Rechte, var sie ganz unbekannt, » dit-il, ajoutant : « Wo die frau erkauft « werden muss, da lässt sich keine Aussteuer denken. » — Il paraît toutefois avoir appartenu aux plus anciennes coutumes germaniques (voir la citation de Tacite, note précédente) que les parents ne laissassent pas leur fille sans les effets les plus indispensables lorsqu'elle entrait en mariage. Ils mettaient, sans aucun doute, un honneur à pouvoir montrer leur fortune par des présents à la fiancée.



feoh [1], dans les *lois des Lombards*, *faderfium* [2,3], et, dans certaines coutumes françaises, *maritagium* [4] ou, *mariage*, ou, d'après des sources du droit plus récentes, *fletgeva* [5], parce qu'elle suivait la fiancée au sortir de la maison (*flet*) paternelle [6].

Comme nous l'avons dit plus haut, la consommation du mariage n'était censée complète que lorsque les époux avaient cohabité, et, avant cet acte, les lois ne permettaient pas l'entrée en vigueur des effets légaux juridiques du mariage [7]. Du coucher dataient la puissance et l'autorité du mari. En vertu de ce pouvoir, et comme chef de la famille, il administrait seul les biens de la masse ; toutefois, l'autorisation de la femme était nécessaire pour la vente des immeubles entrés dans la masse à titre de propres de l'épouse [8]. Les droits de la femme sur la *meta* ou la *dos*, ainsi que sur le *Morgengabe,* n'avaient aucune base légale, aussi longtemps que le mariage n'avait pas été consommé de la manière mentionnée ci-dessus. Ces droits ne se manifestaient pas, à proprement parler, pendant le mariage, mais à sa dissolution. L'épouse retirait alors de la masse la donation paternelle (*fa-*

[1] *Domus* du roi *Ethelbirth*, 81 (Thorpe, *Ancient Laws and institutes of England*, Londres, 1840).

[2] Ce mot provient de *fader* (père) et de *fium*, allem. Vieh, suéd. *fä*, pecus, pecunia. Cf. Grimm : *l. c.*, p. 429.—Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière*, p. 409, note 2, pense, par contre, que le mot *faderfium* doit être dérivé de *fium, fevum, feodum*, fief ; mais cette hypothèse ne semble pas probable.

[3] *Ed. Rotharis*, CLXXXII : « Habeat ipsa mulier et morgengab, et quod « de parentibus suis adduxerit, id est *phaderfium.* » — CIC : « De *faderfio* « autem, id est *de alio dono*, *quantum pater aut frater dederit ei*, quando ad « maritum ambulaverit, mittat in confusum cum aliis sororibus, etc. »

[4] Voir le *Glossaire de l'ancien droit français*, publié par Dupin et Laboulaye. Paris, 1846.

[5] Ainsi se nommait la dot chez les Frisons. Voir Wiarda : *das Asegabuch*, Berlin, 1805, p. 88 et 109. Wiarda dérive ce mot de *floeten* (allem. *fliessen*, suéd. *flyta*, couler). Mais il nous semble plus juste d'admettre avec Grimm, *l. c.*, p. 429, que ce mot vient de *flet* (domus), ce qui lui donnerait le sens de *don de la maison* (paternelle).

[6] *Lex Alamannorum*, LV : « ... *Quicquid parentes ejus ei legitime placitaverint et quicquid de sede paterna secum attulit*, omnia in potestate habeat « auferendi, etc. » — *Lex Bajuvariorum*, VII, 14, 2 : « ...Quicquid illa de « *rebus parentum* ibi adduxit, etc. »

[7] Cf. Grimm : *l. c.*, p. 440.

[8] Cf. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 138-40.

derfium), ainsi que la *dos* ou *meta*, et le *Morgengabe*[1], sauf les cas où les lois avaient spécialement statué qu'il ne serait pas rendu.

Du cinquième au neuvième siècle, période pendant laquelle furent rédigées les *Lois des Barbares*, l'homme et la femme ont dû être, chez *la plupart* des tribus germaniques du Sud, considérés comme ayant chacun leur patrimoine distinct, quoique, par suite du *mundium*, les biens de la femme fussent soumis à l'administration presque illimitée du mari. Tout ce qui ne pouvait être rapporté au patrimoine de la femme, était en général considéré appartenir au mari, et pour cette cause, à lui seul appartenaient les acquêts résultant du travail et de l'économie des deux époux, ainsi que le revenu des biens de la femme. Il n'existait donc pas de *communauté matérielle*, mais seulement une communauté formelle, les biens des époux restant sous une administration commune.

Les faits généraux que nous venons de mentionner, semblent indiquer qu'on jugea de bonne heure équitable que la femme reçût une partie des acquêts, à la production desquels elle avait participé, soit par son travail ou par le revenu de ses apports. On commença, sans doute, ainsi que nous le verrons plus tard chez les Germains du Nord, à réserver à la femme, dans la convention des fiançailles, *une certaine quote-part dans les acquêts faits pendant le mariage*. Cette coutume se changea probablement peu à peu en règle chez diverses tribus germaniques, et enfin l'usage statua, même dans le cas où il n'y aurait pas eu de stipulation spéciale, un certain montant pour la part appartenant à la femme[2]. La coutume sanctionnée de la sorte par l'opinion du peuple sur la participation de la femme aux acquêts, passa plus tard dans les lois rédigées par écrit. Ainsi, trois des *Lois des Barbares*, les *Formules de Marculfe*[3], et un *Capitulaire de Louis le*

[1] Cf. Ginoulhiac : *l. c.*, p. 222-25.

[2] Pardessus : *Loi salique*, p. 676-78, prétend qu'il n'a pas existé chez les Francs de communauté sans stipulation spéciale : « Dans l'ancien droit des Francs, *point de communauté d'acquêts, si elle n'avait été stipulée.* »

[3] Voir plus bas, note 2, p. 278. — Mittermaier : *l. c.*, I, § 5, note 1, fixe à l'an 653 la collection de *Formules* du moine Marculfe, si importante pour l'histoire du droit franc. — Savigny : *Geschichte des Röm. Rechts*, II, p. 122, donne, par contre, la date 660 ; de même Laferrière : *Histoire du droit*, etc., III, p. 112.

Débonnaire, reconnaissent à la femme, déjà pendant le mariage, une certaine part aux acquêts (*conquisita* ou *collaboratio*) ; la seule différence consiste dans la grandeur de cette part. D'après la *Loi des Wisigoths*, la femme ou ses héritiers devaient recevoir, *dans les acquêts, une quote-part proportionnée à la grandeur des biens apportés par elle* dans la masse [1]. C'est, sans doute, *la plus ancienne base* que l'on ait employée pour fixer la part de l'épouse dans la communauté [2]. La *Loi des Ripuaires* n'accorde par contre, à la veuve, que *le tiers des acquêts* [3], et cette disposition existait sans doute aussi chez les Francs Saliens [4], car on la retrouve, non-seulement dans les *Formules de Marculfe*, mais encore dans le *Capitulaire de Louis le Débonnaire* [5]. La *Loi des Saxons* montre que chez une branche de ce peuple, les *Ostphaliens* et les *Engres*, la femme n'avait encore, au temps de Charlemagne, aucune part aux acquêts, car il y est statué, en termes positifs, qu'elle doit se contenter de sa *dos*. Chez les *Westphaliens*, au contraire, la femme recevait la moitié des acquêts [6].

[1] *Lex Wisigothorum*, IV, 2, 16 : « De his, quæ vir et uxor in conjugio « constituti, conquirere potuerint... *de omnibus augmentis aut profligatio-« nibus pariter conquisitis, tantam partem unus quisque obtineat, quantam « ejus facultatem fuisse* omnimodis sibi debita vel habita possessio mani-« festat. Ita ut si æqualis abundantiæ domini sunt, pro parvis rebus con-« tentionis intemperantiam non assumant... *Juxta quantitatem debitæ pos-« sessionis erit et divisio portionis*. Quam sibi, *post unicujusque mortem* vin-« dicabit persona superstes, et aut filiis suis aut propriis relinquat heredibus, « aut certe de ea facere quod voluerit, licentiam obtinebit. Eadem quoque « ordinationis forma *tam in viris quam in uxoribus erit omnimodis obser-« vanda*. »

[2] C'était aussi le cas chez les Scandinaves. Voir plus bas.

[3] *Lex Ripuariorum*, XXXVII, 2 : « Si autem per seriem scripturarum ei « nihil contulerit, *si virum supervixerit*, quinquaginta solidos in dotem re-« cipiat, et *tertiam partem de omni re, quam simul conlaboraverint*, sibi « studeat evindicare, vel quicquid ei in morgengeba traditum fuerat, si-« militer faciat. »

[4] Quoique la loi salique ne dise rien de la quote-part de la femme dans la masse, Pardessus, *l. c.*, p. 686, admet pourtant que les Francs Saliens suivaient la règle statuée dans la *Loi des Ripuaires* (*l. c.*).

[5] *Capitularia Regum Francorum*, IV, 9 : « Volumus ut uxores defuncto-« rum, post obitum maritorum, *tertiam partem collaborationis*, quam *simul* « in beneficio collaboraverunt, accipiant. »

[6] *Lex Saxonum*, IX, *De acquisitis*.— « De eo, quod vir et mulier simul « *conquisierint*, *mulier mediam portionem accipiat*, hoc apud *Westfalaos*. « Apud *Ostfalaos* et *Angrarios*, nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. »

Il serait, ce nous semble, difficile de nier que ces dispositions ne continssent le germe[1] du régime de la *communauté* des biens entre époux chez diverses tribus germaniques, quoique ce commencement soit encore limité aux acquêts. Nous ne devons pas omettre de mentionner que plusieurs jurisconsultes français et allemands, dont nous avons scrupuleusement étudié les recherches à cet égard, ont, ou nié que les *Lois des Barbares* continssent les moindres traces de communauté[2], ou déclaré que les

[1] Le célèbre Pardessus, qui paraît disposé à attribuer une origine *gauloise* à plusieurs institutions de l'ancien droit français, a, dans son *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, Paris, 1834, et, en outre, dans son édition de la *Loi salique*, p. 674-75, cherché à prouver que la *communauté des biens était connue des Gaulois*. Il cite, dans ce but, César, *Comment. de bello gallico*, VI, 19 : « Viri *quantas pecunias* ab uxoribus, dotis nomine accepe- « runt, *tantas ex suis bonis, œstimatione facta communicant. Hujus omnis* « *pecuniæ conjunctim ratio habetur*, fructusque servantur. Uter eorum vita « superarit ad eum pars utriusque, cum fructibus superiorum temporum, « pervenit ; » sur quoi il ajoute : « Loin de croire qu'il ne soit favorable à l'opinion que les Gaulois ont connu une *communauté*, ou, si l'on veut, *une société d'acquêts* entre les époux, je ne doute pas qu'il n'en soit *une preuve très-positive* ; seulement, *c'est la communauté bornée aux acquêts*, avec la chance aléatoire que tout appartiendra au survivant.» Troplong : *Du contrat de mariage*, p. XCVIII-XCIX, remarque à cet égard : « Les uns ont cru trouver dans un *usage gaulois* rappelé par César le berceau de la communauté. Mais cette opinion n'est pas soutenable. Si la communauté était un de ces débris vivaces du droit celtique, pourquoi ne se serait-elle maintenue que dans les pays coutumiers ? Pourquoi pas aussi dans les pays du centre et du midi ? Pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, tandis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé le régime dotal ? » — Kœnigswarter combat aussi Pardessus dans l'*Histoire de l'organisation de la famille en France*, Paris, 1851, p. 35-37, ainsi que dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, XVII (1843), p. 428-29. L'opinion de Pardessus a été, ce nous semble, complétement réfutée par Laferrière, II, p. 79-81. — Mais Laferrière avait lui-même émis une opinion qui ne nous paraît pas admissible, savoir que la communauté des biens venait du *droit féodal*, et qu'elle devait son origine aux seules institutions féodales du moyen âge (*Histoire du droit français*, Paris, 1836, I, p. 160). Dans son grand ouvrage resté inachevé (*Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, VI, p. 362), l'auteur ne se prononçait pas d'une manière positive sur cette matière ; mais ses expressions montrent néanmoins qu'il n'avait pas changé d'opinion. — Nous reviendrons plus bas à cette opinion.

[2] Laboulaye : *Histoire du droit de propriété foncière*, p. 399 400, avait admis que la communauté des biens était déjà connue d'après les Lois des Barbares, lorsqu'il disait : « *La communauté*, en effet, est en germe dans ces premières institutions ; le mari, en vertu de son *mundium*, fait les fruits

dispositions des anciennes lois germaniques à l'égard des droits de la femme dans la masse, ne désignent qu'un *droit de viduité*[1] ou un *droit de succession*[2], reconnu à la veuve, mais non un *droit*

siens durant le mariage, et la femme en tutelle ne peut rien aliéner; mais, *à la mort du mari, la communauté paraît. Une partie des acquêts appartient à la femme... C'est la communauté d'acquêts*, système adopté encore aujourd'hui par le Code civil. » Mais dans son dernier ouvrage (la *Condition des femmes*, p. 291), il a passé à une opinion diamétralement opposée : « La communauté n'est point, dit-il, une *institution germanique, c'est ailleurs que dans les lois barbares qu'il faut chercher son origine.* » — Laferrière, *l. c.*, III, p. 171, partage aussi cette opinion : « Il nous paraît, dit-il, évident d'après les textes, les faits et les rapprochements qui en naissent, que la *communauté*, généralement reçue par notre droit coutumier, *n'a pas son point de départ dans les lois barbares et le droit primitif des Germains.* » Cf. l'article du même auteur : *Esprit du droit germanique* (*Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 869). — Ginoulhiac, *l. c.*, p. 163, suit encore ici une voie intermédiaire : « Pour nous, dit-il, nous pensons qu'il faut chercher, *non pas la communauté elle-même, mais les principes sur lesquels elle a toujours reposé dans nos anciennes lois barbares.* »

[1] Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 150 : « *Le tiers* ou *la moitié*, donné par les lois barbares, était *la part successive de la femme*, lorsqu'elle venait en concurrence avec des enfants ou des parents du mari. » Pardessus, *Loi salique*, p. 667 et 685, pense que, d'après l'ancien droit des Francs, la part de la femme dans la succession n'était autre chose qu'un *gain de survie*, dès qu'aucune convention spéciale — *per tabularum instrumenta* — n'avait stipulé préalablement la communauté. « La loi, dit-il, accordait à la femme survivante, non à titre de société, mais *par une sorte de droit de succession et de viduité, un tiers dans les conquisita*, au cas où elle n'avait pas reçu un *morgengabe.* » — Laferrière, *l. c.*, III, p. 162-63, exprime la même opinion, et nie dans les termes les plus clairs qu'il ait existé une communauté d'après les anciennes *Lois des barbares* : « *C'est un gain de survie que les lois barbares établissent à l'égard de la femme.* Les textes des lois Ripuaire, Burgunde, Saxonne, et même celui des Capitulaires, sont précis à ce sujet : ils accordent ordinairement *le tiers de la collaboration* à la femme si elle a survécu à son mari, *si virum supervixerit.* L'épouse prédécédée n'avait acquis ni transmis aucun droit dans le produit de la collaboration. Le mari, seul propriétaire, transmettait les biens à ses propres héritiers. — En un mot, selon l'esprit et le texte des lois germaniques, *la femme avait un droit éventuel pour le cas unique où elle survivrait, un gain de survie et de viduité, mais non un droit de communauté.* » Cf. l'article du même auteur, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 362 et suiv. — Warnkönig, *l. c.*, II, p. 245, qui ne voit dans les dispositions des *Lois des Barbares* qu'un droit de viduité, Wittwenrecht, avoue toutefois qu'il contient le *germe* de la communauté.

[2] Runde : *Deutsches eheliches Güterrecht*, Oldenbourg, 1841, p. 14, déclare que la femme n'obtenait une partie des *conquisita qu'à titre pur et*

de communauté. Il nous paraît toutefois évident que ce que disent à ce sujet les *Lois des Barbares*, n'exprime pas un simple gain de survie, mais un droit réel existant pour la femme, pendant le mariage, à une quote-part idéale dans le fruit de la collaboration des deux époux, et dans le revenu de leurs propres, quoique cette part ne fût détachée de la masse qu'à la dissolution du mariage[1]. Ce que nous venons d'avancer ici, est prouvé, selon nous, par les circonstances suivantes : d'un côté, la *Loi des Wisigoths* statue en termes clairs et précis que tant la femme que l'homme ont part aux acquêts dans la proportion de leurs apports, et que tous les deux peuvent léguer leur part à leurs héritiers respectifs, ou en disposer d'autre manière[2] ; de l'autre côté, les *Formules de Marculfe* montrent que, même chez les Francs, la femme avait le droit de disposer, par testament, pendant le mariage, de sa part (*tertia*)[3] dans la collaboration,

simple de succession « durch Erbtitel, » lorsqu'elle survivait à son mari. A la même opinion se rattache Eichhorn, *l. c.*, § 297. — Mittermaier, *l. c.*, II, §§ 383 et 408, énonce une opinion identique : « Wenn auch schon in « einigen alten Volksrechten die Errungenschafft erwähnt wird, *so deuten « diese Stellen nicht auf eine Gütergemeinschaft, oder ein Miteigenthum der « Ehefrau an errungenen Gütern,* sondern nur dass an den erst während « der Ehe erworbenen Gütern... die Ehefrau Erbrechte erhalten könnte « oder erhielt. »

[1] Kraut : *Die Vormundschaft*, II, p. 377-84, a prouvé, selon nous, d'une manière satisfaisante que la femme « *schon während der Ehe, das Eigen- « thum an einem Theil der Errungenschaft erhielt.* » — Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris, 1843, I, p. 373-74, admet *qu'une communauté véritable existait* du moins chez *les Visigoths*. — Odier, *l. c.*, II. p. 18 et 36, partage la même opinion : « Aussi, *la plupart des lois barbares*, rédigées aux huitième et neuvième siècles, *assurèrent-elles à la femme une part dans tous les gains et acquêts* résultant de la collaboration commune et de l'administration du mari. » — Ginoulhiac, *l. c.*, p. 224-30 et 324-25, pense de même que, d'après la *Loi des Saxons* et *des Francs Ripuaires*, ainsi que d'après les *Formules de Marculfe* et les *Capitulaires*, la femme avait le « *droit de participation ou de collaboration,* » et que « *la condition de survie n'était pas exigée.* »

[2] Voir plus haut.

[3] *Formules de Marculfe*, II, 7 : « *Charta interdonationis inter viro et fe- « mina de eorum res.* » Il s'agit ici d'un testament mutuel entre époux, au bénéfice de celui d'entre eux qui survivra à l'autre, « ne in posterum ab « heredibus eorum vel a quocunque possit convelli ; » vient ensuite : « Si- « militer et ego illa... si mihi in hunc sæculum suprestis fueris, dono tibi « omni corpore facultatis meæ. . tam de hereditate parentum, quam *de*

même dans le cas où le mari lui survivrait. Or, une disposition testamentaire, destinée à subsister en dépit des exceptions des héritiers, n'aurait assurément pu avoir lieu, si pendant le mariage la femme n'avait eu qu'un droit éventuel de succession, ou un droit de survie, et non un *droit réel de propriété*. Si l'on ne peut nier que déjà, pendant le mariage, la femme n'ait eu, comme le mari, un *droit de propriété* sur certains biens, savoir les *acquêts*[1], on ne pourra, non plus, contester que l'*origine de la communauté des biens* entre époux ne se trouve déjà dans les *Lois Barbares*[2]. Il serait, en outre, infiniment plus naturel d'ad-

« *comparatum vel quod pariter laboravimus, et quod in tertia mea accepi*... « Absque repetitione heredum meorum... *habeas potestatum.* » — *Append.* Marculfi, 40 : « ...Quantumcunque a die presente in jam dicta loca visa « sum tenere vel possidere *quod manente conjugio apud jugale meo illo visa « sum conquisisse*, vel *in mea portione recepi*... in jure ipsius Monasterii... « trado, etc. » — Cf. *Formulæ Longobardicæ*, 20 : « Qualiter vidua Salica « spondetur... O Fabi, da Senece vadimonium ut faciat Semproniam, quae « defensione Senece regitur, jure tuo securitatem scripturalem et *tertie « portionis omnium rerum quas nunc habes, vel adquisitionis, etc.* » — Ginoulhiac, *l. c.*, p. 227, cite de la *Chronique de Frédégaire*, à l'égard de la succession du roi Dagobert, un passage dans lequel il est dit que la veuve de ce monarque reçut « *tertiam partem de omnibus quæ Dagobertus rex « acquisierat* postquam Nanthildis regina regnare cœperat. »

[1] Les acquêts portent dans ces lois les noms de *collaborata*, *acquisita* ou *conquisita*. Cette dernière dénomination a porté Laferrière (*Histoire, etc.*, III, p. 166-70) à une interprétation sans doute trop hasardée. Il croit que les *conquisita* font allusion à la conquête des Gaules par les tribus germaines. « Dans l'invasion par des tribus entières, dit-il, et quand les familles transportaient leurs foyers sur le sol *conquis*, comment les Barbares et leurs *femmes* pouvaient-ils acquérir ensemble? — Evidemment par le résultat de la *conquête;* et ce motif explique complétement les dispositions de la loi Ripuaire et des autres lois germaniques. » — Cf. l'article du même auteur : *Esprit du droit germanique* (*Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 866). — Klimrath, *l. c.*, p. 129, avait fait, en 1836, une remarque contre cette interprétation de Laferrière, donnée déjà dans son ouvrage antérieur sur l'histoire du droit français. Mais dans une édition plus récente de cet ouvrage, Laferrière n'avait pas voulu reconnaître qu'il eût commis une erreur. Il persiste dans son opinion, pour laquelle il émet diverses raisons qui, toutefois, ne nous semblent pas probantes.

[2] Nous pouvons, avec une satisfaction véritable, mentionner à cet égard que Kœnigswarter, dans son *Histoire de l'organisation de la famille en France*, ouvrage couronné par l'Institut, et publié à la même époque que la première édition suédoise de ce présent Traité, est arrivé tout à fait aux mêmes résultats que nous, savoir que *le commencement de la communauté*

mettre que la part de la femme dans le produit de la collaboration des époux, ainsi que dans le revenu de leurs propres, lui était dévolue sur les bases d'un *droit* effectif de *propriété*, plutôt qu'en vertu d'un droit de succession qui ne dépendait pas de la communauté du sang. On sait que, d'après la règle, c'est justement le lien du sang qui, dans la législation germanique, constitue le droit de succession. Un droit de succession pour la femme, à la mort de l'époux, paraîtrait plutôt une institution de droit romain [1], laquelle, toutefois, n'a pas dû être inconnue aux rédacteurs des *Lois Barbares* [2]. Une circonstance méritant aussi une attention spéciale, quoiqu'elle ne fournisse pas de preuve directe, c'est le fait que la communauté des biens s'est, dans le cours du moyen âge, développée en Allemagne et en Hollande, et qu'elle est encore en vigueur dans ces contrées, que régissaient jadis le droit Westphalien et le droit Franc [3]. Il en est de même en France, dans la partie du pays (France du Nord) où ce dernier droit a été en vigueur ; et enfin, le régime de la communauté a réussi à se maintenir même en Espagne et en Portugal, malgré l'influence que le droit romain a dû exercer sur le développement des institutions juridiques de ces deux États.

Ni Pardessus [4], ni Laferrière [5] ne veulent reconnaître de preuve convaincante aux *Formules de Marculfe* pour la solution de la question. Mais lorsque ces illustres savants n'ont cru trouver qu'un *gain de survie et de viduité* dans la *tertia pars collabora-*

se trouve déjà dans les *Lois barbares*. Il dit, p. 135 : « De même que la dot germanique et le don du matin se sont transformés en douaire, de même les avantages nuptiaux que nous venons de décrire, *ont été l'origine de la communauté conjugale*, non-seulement en France, mais dans tous les pays romano-germaniques. » — Cf. l'article du même auteur, *Études historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*, XVII, 1843, p. 414).

[1] Cf. *Novelles* 53, 6 ; 117, 5.

[2] *Lex Bajuvariorum*, XIV, 6, et *Lex Burgundionum*, LXII, 1, 2. Savigny, *Geschichte d. Röm. Rechts im mittelalter*, II, p. 84, admet que cette disposition est tirée du droit romain.— Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 151-52, considère aussi la disposition, IV, 2, 11, de la *Loi des Visigoths* comme étant d'origine romaine.

[3] Cf. Gaupp, *l. c.*, p. 184.

[4] *Loi salique*, p. 676.

[5] *Histoire du droit, etc.*, III, p. 164-66.

tionis dont parlent la *Loi Ripuaire*, XXXVII, 2, et le *Capitulaire de Louis le Débonnaire* (IV, chap. IX), on peut, avec toute raison, objecter à cela que, si le but de cette disposition ne concernait qu'un gain éventuel pour la femme, dans le cas où elle survivrait à son mari, ce but aurait été manqué à plus d'un égard. L'expérience ne démontre que trop souvent qu'il n'est pas toujours facile de faire des épargnes pendant le mariage. On aurait donc veillé bien mal aux intérêts de la veuve, si le but avait été d'assurer son avenir par cette part[1]. Par contre, la *Loi des Burgondes*[2] et celle des *Bavarois*[3] font sans doute allusion à un gain de survie véritable, lorsque la première statue que la veuve aura l'usufruit du tiers des biens du mari, et que la seconde lui accorde, dans la masse, une part égale à celle d'un fils.

CHAPITRE III.

LA COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT ALLEMAND.

Nous avons trouvé plus haut dans quelques-unes des *Lois Barbares*, les premières traces d'une participation de la femme aux acquêts. Ces rudiments d'un régime de communauté semblent s'être successivement transformés, pendant le moyen âge, en une communauté des biens plus développée. Quant à l'Allemagne, dont nous nous occuperons en premier lieu, on admet que l'idée d'une communauté des biens meubles n'a pas été inconnue au *Miroir de Saxe* (*Sachsenspiegel*[4]-[5]), collection des cou-

[1] Cf. Kraut., *l. c.*, II, p. 381.

[2] Voir plus haut, note 2, p. 277.—La *Lex Burgundionum*, nommée aussi *Lex Gundebada*, et, en français, *Loi Gombette*, est considérée, par Davoud-Oghlou, *Histoire de la législation des anciens Germains*, I, 387–96, comme ayant été rédigée dans les années 470-516, sous le règne du roi *Gondebaud*. Savigny, *l. c.*, II, p. 2-4, pense, au contraire, qu'elle ne date que des années 501-517; de même Laferrière, *Histoire*, *etc.*, III, p. 102.

[3] Voir plus haut, note 2, p. 277.—Selon Davoud-Oghlou, *l. c.*, I, p. 219-20, la *Loi des Bavarois* a été rédigée au sixième siècle; mais suivant M. de Savigny, *l. c.*, II, p. 80, elle appartiendrait au septième siècle.

[4] Le *Sachsenspiegel* est une collection privée de traditions saxonnes, rédigée par Eike von Repgow, dans la première moitié du treizième siècle (toutefois pas avant 1225 ou même 1235). Il a joui de la plus grande réputation dans toute l'Allemagne du Nord; cf. Mittermaier, *l. c.*, I, § 8.

[5] Mittermaier, *l. c.*, II, § 384 : « Manche Gründe deuten darauf, dass den « im Sachsenspiegel zum Grunde liegenden Rechten in Ansehung der

tumes saxonnes. Le *Miroir de Saxe* établissait, comme règle générale, que le mari et la femme ne possédaient pas de biens séparés pendant le mariage [1]. Ce principe comportait, toutefois, seulement, qu'il n'était loisible ni au mari, ni à la femme, d'administrer séparément leurs biens, lesquels devaient être réunis sous une administration unique et commune [2]. Le droit d'exercer cette administration appartenait, en vertu du *mundium*, au mari seul, mais il était soumis aux mêmes limites que nous avons indiquées plus haut. Tous les biens meubles appartenant à la *Gerade* (*die Gerade*) [3] étaient toutefois la propriété exclusive de la femme, même s'ils provenaient de la collaboration conjugale [4]. Tout autre acquêt revenait au mari. Les opinions sont partagées sur l'existence d'une communauté véritable d'après le *Miroir de Souabe* (*Schwabenspiegel*) [5], collection des coutumes de la Souabe. On pense, toutefois, qu'il contenait, à l'égard de l'administration des biens par le mari, les mêmes règles que le *Sachsenspiegel*. A la mort du mari, les biens *immeubles* de la femme retournaient à cette dernière; mais on croit que les biens *meubles* des deux époux étaient considérés comme une masse commune, dont la veuve et les héritiers du mari recevaient chacun la moitié [6].

« *beweglichen Güter*, *die Idee einer Gütergemeinschaft vorschwebte*. » Kraut, *die Vormundschaft*, II, p. 387-88, déclare positivement que, même d'après le *Sachsenspiegel*, la femme avait : « *das Eigenthum* an einem Theil der « *Errungenschaft*. » — Runde, *l. c.*, p. 20, nie qu'elle ait eu un droit quelconque aux acquêts : « die Frau hat kein gesetzliches *Erbrecht*, auch nicht « an der *Errungenschaft*; der Sachsenspiegel folgt hier dem alten Recht « der Ostfalen und Engern. »

[1] *Sachsenspiegel*, I, 31.

[2] Cf. Runde, *l. c.*, p. 19. — Mittermaier, *l. c.*, II, § 384.

[3] On entendait par ce mot des objets de toilette et des ornements de femmes, ou des meubles de nature à être ordinairement sous la garde de la mère de famille. Pour la signification primitive et l'étymologie de ce mot, voir Grimm, *deutsche Rechtsalterthümer*, p. 566-68 et 583-84. La *Gerade* était héritée par les *filles* de l'épouse ou par ses héritiers féminins du côté des femmes; cf. Mittermaier, *l. c.*, II, § 447.

[4] Cf. Kraut, *l. c.*, p. 354-62.

[5] Le *Miroir de Souabe* est, de même que le *Sachsenspiegel*, une collection privée des coutumes de l'Allemagne méridionale, rédigée à titre de manuel pratique, et il appartient probablement à la seconde moitié du treizième siècle. Voir Mittermaier, *l. c.*, II, § 447.

[6] Cf. Bluntschli, *Staats-u. Rechtsgeschichte Zürichs*, I, 284. — Mittermaier, *l. c.*, II, § 384. — Kraut, *l. c.*, p. 387-89.

Cependant il se développa dans les villes de l'Allemagne, lesquelles ne parvinrent à toute leur puissance que pendant le moyen âge, des coutumes qui différaient à plusieurs égards du droit suivi dans les campagnes[1]. Dès que l'industrie et le commerce eurent commencé à fleurir, l'influence du capital mobilier se fit bientôt sentir. Afin d'en faciliter l'augmentation, et de l'employer d'une manière productive, il était nécessaire de reconnaître au mari une disposition plus libre des biens de la femme, s'étendant même aux immeubles apportés par elle. De là naquit bientôt l'usage de considérer tous les biens des époux, tant immeubles que meubles, sans égard à leur origine, comme une seule masse dont le mari avait la disposition. On trouva sans doute, en second lieu, qu'il était bien souvent difficile de distinguer, lors de la dissolution du mariage, ce qui primitivement appartenait au mari ou à la femme, et qu'il était juste, en outre, que cette dernière eût un dédommagement équivalent pour le sacrifice possible, total ou partiel, de ses biens propres. Aussi vit-on s'introduire peu à peu la coutume de donner à chaque conjoint, lors du partage de la masse, une part égale dans tous les biens conjugaux. Une longue pratique donna plus tard force de loi à ces principes. C'est pour cette cause que, déjà vers la fin du quinzième siècle, on rencontre, dans plusieurs localités de l'Allemagne, mais surtout dans les villes, le principe de la communauté universelle des biens comme la norme du régime de l'association conjugale[2]; des villes, ce principe s'étendit peu à peu dans certaines parties des campagnes.

Cette communauté universelle s'est, jusqu'à nos jours, principalement conservée dans les lois de la partie de l'Allemagne connue jadis sous le nom de *Franconie;* on la retrouve en outre dans les territoires de *Hildburghausen*, *Hohenlohe*, *Fulda*, *Oettingen-Oettingen* et *Wallerstein ;* dans le comté d'*Erbach*, dans la *Lippe;* à Brême; dans plusieurs localités de l'*Oldenbourg;* dans quelques *villes* de la *Basse Saxe* et de la *Westphalie;* dans

[1] Grimm : *Rechtsalt.*, p. 450 : « Kein theil des deutschen rechts hat eine « solche mannigfaltigkeit der bestimmungen und gewohnheiten entwickelt, « wie die lehre vom vermögen der ehegatten ; fast jede landschaft und « often einzelne ämter und örter zeigen eigenthümliches. »

[2] Cf. Mittermaier, II, §§ 385-86.

[3] Runde, p. 36-37.

le comté de *Mark ;* à *Clèves ;* dans plusieurs localités du *Bas-Rhin ;* à *Hambourg ;* dans la *Prusse orientale ;* dans plusieurs villes du *Brandebourg* et du *Mecklenbourg ;* dans quelques localités de la *Silésie*[1], du *Holstein* et du *Schleswig*[2]; dans la *Prusse occidentale* et la Poméranie[3]. Mais, d'après le droit de la ville de *Lubeck*, lequel sert de base aux lois de plusieurs villes du *Holstein*, du *Schleswig*[4], du *Mecklenbourg*, de la *Poméranie*, ainsi que de l'*Esthonie* et de la *Livonie*[5], la communauté universelle des biens entre époux n'entre en vigueur que lorsque ces derniers ont des descendants. Une communauté *particulière*, restreinte aux *biens meubles* et aux *acquêts*, s'est, par contre, développée, et existe encore à *Cologne*, *Trèves ;* dans les territoires de *Berg*, de *Juliers*, dans la *Gueldre* et le *Luxembourg ;* dans différentes localités de la *Westphalie ;* dans les États de *Solm*, *Nassau*, *Hesse-Darmstadt ;* dans la ville libre de *Francfort*, dans quelques localités du *Rhin inférieur* et du *Rhin oriental*, etc. ; et enfin, une simple communauté d'*acquêts* (*Errungenschaft*) est reconnue dans la *Hesse Electorale*, le *Dithmarsch*, dans quelques territoires du *Wurtemberg*, du *Haut Palatinat* et de la *Franconie*[6].

[1] Gaupp, *l. c.*, pense que la communauté s'y est maintenue chez des descendants d'émigrés, qui vivaient d'après le droit westphalien.

[2] Comme à *Schleswig*, *Flensbourg*, *Eckernförde*, *Husum*, *etc.*, voir Krieger: *Den slesvigske Privatrets specielle Deel.* Copenhague, 1855, II, p. 42 et s.

[3] Chaque époux reçoit ordinairement la moitié des biens communs, mais quelquefois le mari en prend les deux tiers et la femme un tiers.

[4] Cf. Krieger, *l. c.*, II, p. 49 et s.

[5] Voir Bunge : *Das Liv-und Esthländische Privatrecht.* Dorpat, 1848, §§ 287 et s.

[6] Le lecteur trouvera chez Mittermaier, *l. c.*, II, §§ 387-90, un aperçu complet de la communauté d'après le droit allemand. Les différents États de l'Allemagne présentent, dans le régime de l'association conjugale, une étonnante diversité, due à des lois et à des statuts locaux multiples, ou simplement à l'usage (*Gewohnheit*). Ainsi, dans le *Mecklenbourg*, on ne rencontre pas moins de quatre modifications divergentes du régime de la communauté ; il en est de même dans l'*Oldenbourg*, le *Holstein* et la *Franconie*. Les jurisconsultes allemands paraissent avoir des opinions très-opposées à l'égard de l'application même du principe. Aussi Mittermaier, II, § 399, fait-il à ce sujet la remarque suivante : « Nach der oben bemerkten « *grossen Verschiedenheit der Ausbildung der Gütergemeinschaft* in den « Statuten, hat der Richter in der Rechtsanwendung überall zu prüfen, wie « an dem Orte, dessen Recht in Frage steht, das Rechtsverhältniss durch

Le droit romain n'a, comme on le sait, jamais été formellement adopté en Allemagne. Employé au commencement, pendant le moyen âge, à titre de source scientifique, il fut peu à peu appliqué, dans les tribunaux, à côté du droit national, avec lequel il se fondit enfin si complétement, qu'il constitue encore aujourd'hui la partie principale du droit commun allemand [1] (*gemeines Recht*).

Il était donc fort naturel que le droit romain exerçât une influence puissante sur le régime des biens conjugaux. Aussi le résultat en fut-il, que l'idée d'une communauté des biens entre époux est demeurée tout à fait étrangère à quelques parties de l'Allemagne, tandis qu'au contraire le principe de biens propres complétement distincts pour chaque époux pendant le mariage, a pénétré dans les lois de ces pays. C'est pour cette cause qu'un régime dotal modifié est encore en vigueur dans la *Saxe*, la *Bavière* [2], et dans quelques parties de la *Silésie* et du *Holstein* [3], ainsi que dans les *Etats héréditaires* (*Erbländer*) de l'*Autriche* [4], Les *Etats Prussiens* possèdent de même, comme règle, un *régime dotal* modifié, qui tient le milieu entre le système dotal des Romains et la communauté des biens germaniques. Cette dernière ne se trouve qu'exceptionnellement dans les localités où elle existait depuis longtemps, en vertu de lois provinciales ou de statuts locaux [5].

« *Gesetz* und *Rechtsübung* sich ausbildete. » Cf. Gerber, *System des deutschen Privatrechts*. Iena, 1850, §§ 233-34. — Blume, *System des in Deutschland geltenden Privatrechts*, Bonn. 1852, p. 294-95.

[1] Cf. Mittermaier, *l. c.*, §§ 15 et 33.

[2] Voir *Bayrisches Landrecht* (1753), I, 6, §§ 13-26.

[3] Cf. Mittermaier, *l. c.*, II, § 391.

[4] D'après l'*Allg. Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Erbländer der œsterr. Monarchie*, de l'an 1811 ; voir Winiwarter, *d. Œsterreichische bürgerliche Recht*. Vienne, 1844, IV, p. 448. La communauté peut avoir lieu, mais non sans convention spéciale à cet égard (art. 1233).

[5] *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de l'an 1794, II, 1, § 345 : « Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten findet nur da statt, « wo sie durch *Provincialgesetze* oder *Statuten* eingeführt ist. » — Cf. Bornemann, *Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts*. Berlin, 1844, V, p. 77, 111 et s. : « Die eheliche Gütergemeinschaft hat sich in den « einzelnen Provinzen oder Orten, wo sie gilt, so verschiedenartig ausge- « bildet, dass es äusserts schwierig, ja fast unmöglich ist, ein subsidiäres « gemeines Recht für alle Rechtsverhältnisse aufzustellen, welche unter « dem Namen der ehelichen Gütergemeinschaft vorkommen. »

En résumé, le régime de l'association conjugale est basé, en Allemagne, sur le principe d'une communauté des biens plus ou moins étendue. Les jurisconsultes allemands s'accordent toutefois à considérer le régime dotal modifié comme la règle, dans toutes les contrées où le droit romain est employé à titre de droit subsidiaire [1]. Nous remarquerons spécialement que, parmi les nobles, la communauté n'est plus en usage depuis un temps considérable, et que le système dotal est encore la norme du régime de l'association conjugale entre personnes de cette classe [2].

CHAPITRE IV.

LA COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT FRANÇAIS.

Si nous tournons, en second lieu, nos regards vers la France, nous devons rappeler en commençant que, dès le treizième siècle et jusqu'à la révolution de 1789, ce pays a été, au point de vue judiciaire, divisé en *provinces de droit écrit* et en *provinces de droit coutumier*. Cette vieille division du pays est d'une importance très-grande dans la question de la communauté des biens entre époux d'après le droit français. Les *provinces de droit écrit* [3] comprenaient la *France* au *sud* du 46e degré de latitude septentrionale, tandis que celles de *droit coutumier* renfermaient la France moyenne et le pays au *nord* de la Loire. Dans le Midi,

[1] Cf. Runde, *l. c.*, p. 6 : « Das getrennte Güterrecht des römischen Rechts, « muss freilich in Deutschland, so weit Justinians Gesetzsamlung als ge-« meines subsidiäres Recht gilt, als *Regel* angenommen werden. » — Eichhorn, *l. c.*, § 301 : « *Das dotalsystem macht die Regel aus*, wiewohl es sehr « häufig mit Modificationen durch deutsche Institute vorkommt. » — Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. Leipsic, 1855 (4e éd.), II, p. 275 : « Im heutigen Rechte kommen beide Systeme vor : das deut-« schrechtliche der Gütergemeinschaft, oder wie man es besser nennen « und dahin ausbilden sollte, der Gütereinheit, und das römische Dotal-« system. Ehen können mit dem einen und dem anderen geschlossen « werden. »

[2] Cf. Mittermaier, *l. c.*

[3] Pour l'ancienne division de la France à cet égard, voir une excellente exposition chez Klimrath, *l. c.*, II, p. 170 et s., où l'auteur, dans une dissertation riche de faits (*Études sur les coutumes*), consacre à ces dernières un chapitre spécial (*Géographie de la France coutumière*) avec une carte. — Voir en outre, Laferrière, *l. c.*, VI, p. 425, où cet auteur éminent donne, sous forme d'appendice, la *Géographie des coutumes du moyen âge*.

le droit romain avait conservé, par la force de la tradition et d'une longue pratique, la vigueur d'une coutume générale, quoique les dispositions de ce droit aient, à plusieurs égards, dû s'adapter à des coutumes nationales et à des règles de droit féodal. Les institutions juridiques du Nord reposaient tout au contraire sur un *droit coutumier* (*jus consuetudinarium*), conservé, soit dans de nombreuses collections de coutumes[1] appartenant à des provinces entières, à des villes ou à de certaines localités, soit dans des annotations pratiques des jurisconsultes sur les usages qui s'étaient développés dans les cours de justice[2]. A la loi salique, à celle des Francs Ripuaires, aux capitulaires des rois francs, et aux formules dont il a été parlé plus haut, toutes sources contenant des principes de droit essentiellement germaniques, succéda un droit traditionnel formé, soit d'un noyau d'origine germaine, soit d'une collection bizarre de dispositions féodales. Ce droit traditionnel était le *droit coutumier*, qui dut nécessairement représenter une multitude de divergences, fondées sur les coutumes particulières des différentes provinces, villes ou localités[3]. Jusqu'en 1804, époque à laquelle

[1] Elles datent du dixième au quinzième siècle. On compte parmi les plus anciennes, les *Assises de Jérusalem*, coutumier rédigé spécialement à l'usage des Croisés qui fondèrent le royaume chrétien dans la Palestine. La dernière édition de cet ouvrage est celle du comte Beugnot (Paris, 1841-43. Cf. Klimrath, *l. c.*, II, p. 13 et s.). — Le roi Charles VII décréta, par une ordonnance de l'an 1453, que toutes les coutumes seraient soumises à une rédaction officielle, puis sanctionnées, pour avoir force de loi. Cette rédaction officielle eut lieu pendant le quinzième et le seizième siècle, mais ne fut jamais complétement terminée. Voir Klimrath, II, p. 135 et s. — Laferrière, VI, p. 435, a donné une *statistique des coutumes*, de laquelle appert qu'il existait en France 84 *coutumes générales* et 284 *coutumes locales*, en tout 368 coutumes.

[2] A cette catégorie appartiennent les ouvrages suivants du treizième siècle : *Le conseil que Pierre* (de Fontaines) *dona à son amy*, rédigé en 1253-54 ; dern. publ. par Marnier, Paris, 1846 ; le *Livre de la royne Blanche*, rédigé par le même de Fontaines et deux autres jurisconsultes, et dédié à la reine Blanche, mère de saint Louis ; les *Etablissements de saint Louis* ; le *Livre des coutumes et usages de Beauvoisis*, rédigé par Beaumanoir en 1283 ; c'est la mieux rédigée de toutes les coutumes ; dernière public. par Beugnot, Paris, 1842 ; le *Livre de Justice et de Plet*, publ. par Rapetti, Paris, 1850, etc. Au quatorzième siècle appartiennent : les *Décisions* de Jehan Desmarres (1363) ; la *Somme rurale*, rédigée par Bouteiller († 1402) ; le *Grand coutumier de France* (1380-1422), etc.

[3] Cf. Klimrath, *l. c.*, I, p. 166 et s.

le Code Napoléon donna à la France une loi civile générale, le *système dotal* des Romains constitua dans le Midi, ou dans les *provinces de droit écrit*, la règle du régime des biens entre époux [1]. Conformément à ce système, c'était une condition nécessaire du mariage légitime, que la femme apportât dans la société conjugale une dot dont elle était censée avoir la propriété pendant le mariage, quoique le mari en eût seul l'administration pour subvenir aux dépenses communes. Quant à ceux des biens de la femme qui n'étaient pas de nature dotale, ils étaient considérés comme ses biens propres (*biens paraphernaux* ou *extradotaux*), qu'elle administrait seule, indépendamment du mari [2].

Les principes sur lesquels reposait le droit féodal ayant exercé une influence considérable sur le droit privé, il est tout naturel que les droits réciproques des époux en aient été profondément affectés. Il était dans l'esprit des lois féodales de concentrer la puissance territoriale chez les nobles, et de réunir, en général, la possession des immeubles dans les mains de quelques membres de la famille. Les institutions qui découlèrent de ces lois ne pouvaient être favorables à la femme dans les questions de succession ou de partage des biens de l'association conjugale. Aussi, comme conséquence logique des principes féodaux, la femme noble était-elle, dès qu'elle convolait en mariage, exclue de tout droit de succession. L'usage exigeait, il est vrai, qu'elle reçût une dot; mais cette dot dépendait du bon vouloir de son père ou de son *sponsor*, et elle devait se contenter du montant qui lui était accordé. Souvent ce qu'elle apportait dans la maison conjugale ne consistait qu'en *un chapel de roses*, c'est-à-dire un peu plus que rien [3].

A l'égard des droits de la femme sur les biens conjugaux, l'ancien droit coutumier établissait entre la *femme noble* et la

[1] Il y fut toutefois apporté diverses modifications de détail, mais qui ne changèrent jamais la base du système. — Cf. Odier, *l. c.*, III, p. 21-37. La communauté existait cependant dans les provinces *basques*, en vertu d'anciennes coutumes. Voir Laferrière, V, p. 398.

[2] Cf. Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 407-408.

[3] Ginoulhiac, *l. c.*, p. 271 : « La dot était d'ailleurs laissée à leur volonté; presque rien suffisait à cette exclusion, et un *chapel de roses* formait souvent toute la dot des filles. » Cf. Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 245.

femme roturière une distinction d'où ressortent clairement les sacrifices imposés à la femme par les principes féodaux. Dans les mariages entre *nobles*, le mari recevait le *bail* emportant, comme conséquence légale, la propriété exclusive des *immeubles*, *cateulx* et *acquêts* [1]. A la mort de l'époux, la femme ne recevait que son *douaire* [2] et la *vivelotte* [3]. Il n'existait donc aucune communauté des biens entre époux appartenant à cette classe. Dans les mariages entre roturiers, l'effet de la *mainbournie* [4] du mari était que tous les *meubles* et tous les *acquêts* se fondaient, dans les mains de ce dernier, en une masse unique et commune, sans égard à leur origine. Mais à la dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, la masse entière se partageait par moitié entre le survivant et les héritiers du défunt. *La communauté des biens était donc en usage chez les classes roturières.* La circonstance qu'une partie des acquêts était reconnue à l'épouse roturière, à l'opposé de ce qui se pratiquait à l'égard de la femme noble, peut être considérée comme une coutume conservée de l'ancien droit des Francs. Mais l'extension des droits de la première jusqu'au partage de tous les biens meubles, a dû résulter du fait que, chez les roturiers, la richesse consistait principalement en biens de cette nature, et qu'il y aurait eu des difficultés à distinguer les biens meubles apportés par les époux de ceux constituant les acquêts. On préféra donc admettre le partage à parts égales de tous ces biens, sans avoir égard à leur origine [5]. Cette part concédée à la femme dans la totalité des propres et des acquêts mobiliers entrait, dans la règle, en vigueur dès la consommation du mariage [6].

[1] Cf, Ginoulhiac, *l. c.*, p. 288-301. — Klimrath, *l. c.*, II, p. 276.

[2] Sur l'origine du *douaire*, voir plus haut, chap. II. — Les opinions sont partagées sur le montant du *douaire coutumier*. Klimrath, *l. c.*, II, p. 286, admet que, d'après la plupart des coutumes, il consistait « dans l'usufruit de la *moitié des immeubles* que le mari possédait au jour du mariage, et de ceux qui lui sont échus depuis en succession directe. » Laboulaye pense, par contre (*l. c.*, p. 263), que « le douaire coutumier était le plus ordinairement du tiers, » à l'appui de quoi il cite les *Olim*.

[3] La *vivelotte* est l'usufruit dont la veuve jouissait pendant le veuvage sur la terre que le mari tenait en roture de son vivant. Cf. Ginoulhiac, p. 304.

[4] Ginoulhiac, p. 290 : « Le mot de *mainbournie* dérive évidemment de l'ancien *mundium* ou *mundeburdium*. »

[5] Cf. Ginoulhiac, *l. c.*, p. 304-8.

[6] Suivant Ginoulhiac, p. 313, c'était la règle d'après les *Etablissements*,

La plupart des coutumes contiennent à cet égard des dispositions identiques. C'était donc une institution distinctive pour tous les pays de droit coutumier[1]. Cependant cette coutume qui, dans le principe, n'était applicable qu'aux roturiers (*gens de poeste*)[2], paraît avoir été étendue d'assez bonne heure[3] au régime des biens entre époux de classe noble[4]. A mesure que la puissance féodale diminua, disparut successivement la raison politique de maintenir, quant au régime des biens, une différence entre les nobles d'une part, les roturiers et les bourgeois

les *Assises*, *Beaumanoir* et plusieurs autres coutumes. — Klimrath, *l. c.*, II, p. 279, admet aussi que : « régulièrement la communauté » commençait « *dès le jour de la bénédiction nuptiale ;* » mais il ajoute qu'exceptionnellement elle n'entrait en vigueur que lorsque les époux avaient vécu ensemble *l'an et jour*. Cf. Odier, *l. c.*, I, p. 38-39. — Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 335, soutient une opinion contraire : « *La plupart* de nos anciennes coutumes, dit-il, ne font commencer la *communauté conjugale* que comme toutes les autres communautés, c'est-à-dire *après l'an et jour*. »

[1] Trois coutumes font exception, savoir celles de *Normandie*, d'*Auvergne* et de la *Haute Marche*; voir Klimrath, II, p. 284. Les deux premières coutumes avaient adopté le *régime dotal*, qui, toutefois, n'est pas *celui des Romains*. Le droit de l'épouse à la dot reçue par elle lors de son mariage s'y rapproche beaucoup plus des institutions du Nord, telles que les exposent la *Grágás* (pr. Grôgôse) pour l'Islande, *l'ancienne loi du Gulaþing* (Gulathing) et celle du *Frostaþing* (Frostathing) pour la Norwége (voir plus bas). Cette ressemblance peut s'expliquer par le fait que les Normands qui s'établirent en Normandie y apportèrent les coutumes de leur pays. — Laferrière, V, p. 642, reconnaît que ce régime dotal de Normandie ne peut venir du régime dotal des Romains : « Nous n'hésitons pas à le dire, il se trouve dans les lois ou les coutumes *scandinaves.* » La coutume de Normandie ne permet pas la communauté des biens. Laferrière voit dans cette exclusion l'influence du *droit anglais*; voir V, p. 651-52, et VI, p. 473-74. — Le *droit romain* ne réussit jamais à s'établir dans les *pays de droit coutumier*. Klimrath, *l. c.*, I, p. 163 ; « Dans les pays coutumiers, le droit romain n'avait qu'*une autorité d'opinion et de doctrine.* »

[2] *Gens de poeste* (*homines potestatis*), roturiers, serfs ; voir, à ce sujet, Dupin et Laboulaye, *Glossaire de l'ancien droit français.*

[3] Ginoulhiac, *l. c.*, p. 308, pense, d'après les *Etablissements*, *Beaumanoir* et *Bouteiller*, que le partage des biens meubles avait lieu quelquefois entre nobles. — Laboulaye, *l. c.*, p. 287-88, ne veut pas voir dans ce fait un commencement de communauté des biens entre époux : « Qu'on ne se hâte pas de voir *la communauté* dans ce partage à moitié, ce n'était qu'un *droit de veuve.* — Disons que *le droit de la femme n'était qu'un droit de survie, qu'elle prenait les meubles et acquêts non comme ayant été commune, mais comme héritière.* »

[4] Laboulaye, *l. c.*, p. 290.

de l'autre. Aussi trouve-t-on, après le quinzième siècle ou depuis que la rédaction officielle des coutumes eut été commencée, la communauté des biens entre époux complétement établie [1], même chez les classes supérieures [2].

[1] Laboulaye, p. 377-78. — Kœnigswarter, *l. c.*, admet que cela eut lieu déjà avant ce temps-là.

[2] Nous avons fait observer plus haut que plusieurs des savants illustres qui se sont, dans ces derniers témps, occupés de l'histoire du droit français, ont émis des opinions divergentes sur la question de savoir si la communauté des biens établie par les Coutumes appartient au droit *germanique*, gaulois, romain ou féodal. Parmi eux, Ginoulhiac, *l. c.*, p. 163, 231, 306-8, 324-25, nous semble avoir prouvé par les meilleures raisons que *le principe* de cette communauté des biens se trouve dans les plus anciennes sources du droit germanique, mais que le développement ultérieur en doit être cherché dans les Coutumes en vigueur chez les *roturiers*. Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 214-15, admet de même, que le régime de la communauté des biens entre époux qui se trouve dans différentes coutumes françaises, est d'origine *germanique* : « Cette association conjugale s'est développée simultanément *dans toutes les coutumes ayant l'élément germanique pour base* : en France, en Allemagne, en Suisse, dans les Pays-Bas. Son caractère esseutiellement germanique, n'est plus contestable aujourd'hui, et c'est dans les coutumes des peuples germaniques qu'on en rencontre les premiers rudiments. » Le fait que la communauté des biens s'est développée, en France, en premier lieu chez les serfs, lui paraît être le résultat d'une circonstance purement accidentelle ; cf. l'article du même auteur, *Etudes historiques sur le droit civil français* (*Revue de législation et de jurisprudence*), XIV (1841), p. 38-39 ; XVII (1843), p. 431-33. — Dans son premier ouvrage, *Histoire du droit français*, I, p. 175-76, Laferrière pensait que l'on devait chercher dans le *droit féodal* l'origine de la communauté des biens. Chacun sait qu'il existait, d'après ce droit, parmi les serfs vivant sur la même terre *à même pot et feu et à même chanteau*, une entière communauté même dans le cas où il n'existait entre eux aucune parenté. Cette communauté devint aussi en usage chez les *roturiers*, et elle était entrée en vigueur sans qu'il y fût besoin d'une convention expresse (*société tacite*), dès que deux ou trois personnes avaient fait ménage *commun* pendant l'an et jour. Suivant l'opinion de Laferrière, ce même principe était appliqué au ménage conjugal, de sorte que lorsque les époux avaient vécu ensemble cet espace de temps, tous leurs biens étaient communs entre eux. Mais cette théorie ne pourra jamais expliquer d'une manière satisfaisante le fait de l'introduction de la communauté chez les *nobles*. L'opinion de Laferrière a été réfutée tant par Klimrath, I, p. 128-30, et *Revue de législation et de jurisprudence*, IV (1836), p. 59-60, que par Ginoulhiac, p. 317-19. — M. Laboulaye, dont les *Recherches sur la condition des femmes* ont acquis à leur auteur une si juste réputation, pense aussi (p. 333 et suiv., et 370-73) que la communauté des biens entre époux, d'après les *Coutumes*, s'est développée en premier lieu

Le système dotal et celui de la communauté avaient chacun leur territoire distinct avant la révolution de 1789. Le Code Napoléon, devenu plus tard la loi générale de la France entière, abolit l'ancienne division en provinces de droit écrit et en provinces de droit coutumier. Les auteurs de cette loi, sentant toutefois la nécessité d'avoir égard aux anciens usages des habitants des deux parties du pays, admirent à titre égal le régime dotal et le régime de la communauté. Ce dernier, comprenant *tous les biens meubles* et *tous les immeubles acquispendant le mariage*, doit toutefois être regardé comme le droit commun de France à l'égard de l'association des biens conjugaux [1]. Mais le législateur a permis aux époux de déclarer, par un contrat spécial fait avant le mariage, qu'ils entendent se marier sous le régime dotal [2]. Quoiqu'il existe de la sorte une liberté complète d'option entre les deux systèmes [3], il est toutefois, à ce que nous apprend Ginoulhiac, très-rare que les mariages se concluent, dans le midi de la France, sans la déclaration qu'on se marie sous le régime dotal, et, dans le Nord, il est tout au contraire bien rare de trouver des mariages conclus contre les dispositions du régime de la communauté des biens depuis longtemps en vigueur dans cette partie du pays [4]. Voici donc une preuve par-

chez les serfs comme une suite de l'organisation toute particulière de leur économie privée, et de l'idée d'une communauté existant pour toutes les personnes vivant *à même pain et à même pot*. Telle est, selon lui, l'origine de la première communauté des biens : — « Résultat d'un *fait* plus que d'une loi, elle ne fut point particulière aux époux. — Dans les rotures et bourgeoisies, *la communauté conjugale* fut en général de même nature que les communautés de serfs et de vilains. » — Troplong, *Contrat de mariage*, p. cxv-cxxv, admet de même que la communauté des biens entre époux *n'est pas* une institution d'origine germanique; il la fait naître soit du « goût du moyen âge pour l'association, » soit de « la communauté d'habitation, de ménage et de travaux, » qui existait ordinairement entre personnes exerçant le même métier.

[1] *Code civil*, art. 1393. — Cette loi ne parle pas de *douaire*.

[2] *Code civil*, art. 1391. — Le *régime dotal* manque, dit-on, dans le projet du Code civil donné par Cambacérès et Jacqueminot.

[3] Les juristes français sont encore fort partagés sur la question de préférence des deux systèmes; cf. Marcel, *Du Régime dotal*, Paris, 1842, p. 83-145. Le système de la communauté a trouvé un chaud partisan dans Troplong, *Du Contrat de mariage*, p. CLI-CLXVII.

[4] Ginoulhiac, *l. c.*, p. v-vi; 351 : « Dans ce pays (*le Midi*) on croit encore, et peut-être non sans raison, que le régime dotal est le régime

lante de la ténacité que conservent les anciennes coutumes, même au milieu d'un nouvel état de choses.

CHAPITRE V.

LA COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT HOLLANDAIS, SUISSE, SARDE, ESPAGNOL ET PORTUGAIS.

Nous avons vu l'élément germanique de la communauté des biens s'introduire, pendant le moyen âge, dans les législations de l'Allemagne et de la France. On le retrouve, en outre, dans les lois de différents autres peuples de l'Europe moyenne et de l'Europe méridionale. Ainsi le régime de la communauté fut connu de bonne heure en *Hollande*, pendant le moyen âge [1], et il y existe encore pour tous les biens des époux, d'après le Code civil de 1837 [2]. Les dispositions du droit hollandais sur la communauté des biens entre époux ont passé de la mère patrie dans les colonies hollandaises, et c'est pour cette raison que la communauté est encore en vigueur à *Ceylan* et au *cap de Bonne-Espérance*, quoique ces colonies n'appartiennent plus à la Hollande [3].

Les lois des divers Etats de la *Confédération suisse* [4] ont admis, depuis des temps reculés, soit le régime d'une communauté universelle ou restreinte, soit le régime dotal.

Le régime de la communauté a été en vigueur dans l'île de *Sardaigne*, d'après la *Carta di Logù* (du quatorzième siècle) [5].

par excellence, et *l'on n'y trouve que de rares exemples de communauté.* — Dans *le Nord*, on n'est pas resté en arrière de patriotisme; *la communauté y est non-seulement en vigueur, mais on n'y conçoit pas même l'existence et l'adoption du régime dotal.* Le législateur a eu beau faire, *il y a toujours des pays de coutumes et des pays de droit écrit, de la communauté et du régime dotal.* » Cf. Molinier, *Aperçus juridiques et économiques sur le régime de la communauté, sur le régime dotal,* etc. (*Revue étrangère et française*), IX (1842), p. 1-2.

[1] Mittermaier, *l. c.*, II, § 384, note 29.

[2] Burgerlyk Wetboek. 1, 7; 1; voir la traduction dans A. de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes étrangers*, p. 77.

[3] Burge, *Commentaries on colonial and foreign Laws*, I, p. 276.

[4] Bluntschli, *Rechtsgeschichte*, I, p. 447-57; II, p. 186-89. Mittermaier, II, § 384, note 29. — Odier, *l. c.*, I, p. 23.

[5] Voir Gans, *l. c.*, III, p. 325.



Mais la nouvelle loi civile (*Codice civile per gli Stati di Sardegna*) de 1837 déclare le régime dotal droit commun du pays; la communauté est permise pour les acquêts, mais seulement après un contrat fait avant l'entrée en mariage [1].

La plus ancienne source du droit *espagnol*, le *Fuero juzgo* [2], basé sur les lois des Wisigoths, présente des traces évidentes des principes fondamentaux de la communauté [3]. On trouve en second lieu le droit de la femme à la moitié de tous les biens meubles et de tous les immeubles acquis pendant le mariage, établi d'une manière positive dans un grand nombre des anciennes lois municipales (*fueros*), ainsi que dans le *Fuero real* [4]. Cette dernière loi permettait même l'entrée en vigueur d'une communauté universelle (*hermandad*) après un an de mariage, si les époux n'avaient pas d'enfants, et que le droit de succession ne l'empêchât pas [5]. Quelques *fueros* statuent de même une communauté des biens universelle [6]. Les *Siete Partidas* (1256-1263) du roi Alphonse, dit le Sage, manquent de toute disposition à l'égard de la communauté, sans doute par la raison que cette loi est en majeure partie basée sur le droit romain et sur le droit canonique. Par contre, la *Recopilacion de las leyes* (1567) de Philippe II reconnaît pleinement la communauté à *parts*

[1] Art. 1573.

[2] Sur les rédactions de la loi des Wisigoths, voir la dissertation de Tejada dans le *Kritische Zeitschrift f. Rechtsw. u. Gesetzgeb. d. Ausl.*, XI, 388-89.

[3] De la Serna y Montalban, *Elementos del derecho civil y penal de España*, Madrid, 1851, I, p. 256 : « *La sociedad legal* procedente del matrimonio, « desconocida por los Romanos, que hacian dueño al marido de las ga- « nancias adquiridas durante el enlace, *fué introducida por los Visigodos al* « *tiempo del conquista*. Participes las mugeres de las fatigas, espediciones y « combates de sus maridos, se creyó que debian participar de las presas « hechas al enemigo. *El Fuero-Juzgo elevó a ley esta costumbre y la gene-* « *ralizó a toda clase de adqvisiciones*; *y desde esta época se conoce entre nos-* « *otros la sociedad legal*. »

[4] De la première moitié du treizième siècle.

[5] *Fuero real de España*, III, 3, 1 (*Los Codigos españoles*, Madrid, 1847, I, p. 378) : « Toda cosa que el marido é la muger ganáren, ó compráren « de consuno, hayanlo ambos por *medio*. » — III, 6, 9 (p. 384) : « Si el « marido é la muger ficieren *hermandad de sus bienes*, de que fuere el año « pasado que casáren en uno, no habiendo fijos de consuno, ni de otra « parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad. »

[6] Gans, III, p. 395.

égales, quoiqu'elle soit restreinte aux acquêts [1]. La *Novissima Recopilacion* (1805) contient les mêmes dispositions, et remet en outre en vigueur l'ancienne disposition du *Fuero real*, portant que tous les revenus des biens propres des époux appartiennent à la masse commune [2]. La disposition mentionnée plus haut à l'égard de la moitié des acquêts [3] est encore en vigueur dans l'ancienne colonie espagnole du *Mexique* [4]. Tous ces faits montrent que le principe *germanique* de la communauté, héritage des anciens Wisigoths d'Espagne, a poussé de si profondes racines dans les mœurs du peuple espagnol, qu'il n'a pu être effacé d'une législation reposant en majeure partie, à tous les autres égards, sur les bases du droit romain.

Quant au *Portugal*, une communauté complète, impliquant tous les biens des époux, y est considérée avoir existé depuis les temps les plus reculés, hors certains cas pour lesquels le régime dotal est spécialement admis [5].

CHAPITRE VI.

ABSENCE DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ EN ANGLETERRE, ET CAUSES DE CETTE ABSENCE.

On s'attendrait à voir en *Angleterre*, pays dont les institutions juridiques sont sorties des anciennes traditions et coutumes anglo-saxonnes, et surtout normandes, la communauté des biens entre époux reconnue et établie comme dans toutes les contrées ayant une législation d'origine germanique. Ce n'est toutefois pas le cas. De nos jours encore, le droit anglais refuse à la femme

[1] Gans, III, p. 429, 447.

[2] *Novissima Recopilacion*, X, 4, 1-2, 3 (*Los Codigos españoles*, IX, p. 325) : « Magiier que el marido haya mas que la muger, ó la muger mas que el « marido, quier en heredad quier en mueble, *los frutos sean communes* « de ambos á dos. » X, 4, 5. — Les biens communs se nomment *bienes gananciales*. Sur la signification de ce mot, voir Escriche : *Diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia*. Madrid, 1847, I, p. 442.

[3] Sala, *Illustracion del derecho español*, Paris, 1844, I, p. 51 : « El dominio « de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar « *gananciales*. es comun *por mitad* del marito y la muger. »

[4] Cf. Schmidt, *The Civil law of Spain and Mexico*, New Orleans, 1851, p. 12-17.

[5] Gans, III, p. 461.

une part commune avec le mari dans les biens conjugaux. Ce fait, présenté par un pays comme l'Angleterre, montre que la communauté des biens entre époux n'est pas seulement, comme on l'a soutenu parfois, un fruit du pouvoir qu'a le christianisme d'adoucir les mœurs, ou de la victoire de la civilisation qui se manifeste dans l'émancipation de la femme de l'autorité absolue du mari. Pour s'expliquer un fait si étrange chez un peuple qui prétend marcher, à tant d'égards, à la tête de la civilisation, et dont le droit est en outre, comme nous devons le dire, d'origine germanique, il est nécessaire de jeter un coup d'œil rétrospectif sur les anciennes lois de l'Angleterre concernant le régime de l'association conjugale.

Les coutumes anglo-saxonnes exigeaient, à l'égal de celles d'origine germanique, comme condition nécessaire de la validité du mariage (*ae, aew*)[1], que des fiançailles[2] précédassent la tradition solennelle de la fiancée. On y stipulait les conditions auxquelles les *sponsores* (*forsprecan*) permettaient le mariage, et le fiancé (*brudgyma*) constituait, en leur faveur, une certaine somme (*ceap, seatt*)[3], ainsi qu'à la fiancée, non-seulement un *Morgengabe* (*morgengifu*)[4], mais encore une donation pour le cas où elle lui survivrait comme veuve[5]. Cette somme donnait au mariage l'apparence d'un achat, mais la signification en était

[1] Le sens propre de ce mot est *lex, vinculum, matrimonium*; voir Grimm, *l. c.*, p. 417-18, et Phillips : *Geschichte des Angelsächsischen Rechts*. Gottingue, 1825, p. 129.

[2] Des dispositions détaillées se trouvent à cet égard dans les *Domas* (*of betrothing a woman*) du roi *Edmond* (940–46), chez Thorpe, *Ancient laws and institutes of England*. Londres, 1840, p. 108-9. Cf. avec la traduction de Thorpe, celle de Davoud-Oghlou, *l. c.*, II, p. 356-58.

[3] *Domas* du roi *Aethelbirth*, 77 (p. 9); 83 (p. 10); *Domas* du roi *Ine*, 31 (p. 53). — Cf. l'interprétation divergente chez Phillips, *l. c.*, p. 131, et la remarque de Thorpe, p. 53. — Thorpe, p. 108, croit que le mot *foster-lean* est une autre dénomination de cette somme; cf. le *Glossaire*.

[4] *Domas* du roi *Aethelbirth*, 84 (p. 10); cf. Phillips, p. 143, et Davoud-Oghlou, II, p. 358.

[5] *Domas* du roi *Edmond*, 5, *Des Fiançailles* (voir note 2). Phillips, p. 144, croit que, dans le droit anglo-saxon, le Morgengabe remplaçait le douaire (*dos*, dower); mais Gans, IV, p. 295; Davoud-Oghlou, II, p. 357, et Thorpe, p. 108, note *d*, admettent, sur de bonnes raisons, que le Morgengabe et le gain de survie existaient dans ce droit comme *deux* avantages complétement indépendants l'un de l'autre, en faveur de la veuve.

à coup sûr la même que chez les tribus germaniques de l'Allemagne et de la France, dont nous avons parlé dans les chapitres précédents. La grandeur de la donation à la veuve paraît avoir, dans le principe, dépendu des conventions stipulées. Quoiqu'il en soit à cet égard, l'usage semble enfin s'être établi de donner à la veuve le tiers des biens meubles de l'époux [1], dès qu'il n'en avait pas été stipulé autrement avant la célébration du mariage; de même, lorsqu'une convention spéciale était passée, l'usufruit de la moitié *au plus* des biens du mari pouvait lui être alloué, dans le cas où l'union serait stérile; cet usufruit s'étendait, par contre, à tous les biens s'il y avait des enfants, et que la veuve se chargeât de leur éducation [2]. Le *Morgengabe* paraît s'être entièrement confondu dans la suite avec le douaire (*dower*), qui, même après que l'achat fictif eut totalement cessé d'être en usage [3], constituait le droit le plus important de la femme dans les biens conjugaux.

D'après les sources du droit coutumier (*common law*) de l'Angleterre, le *dower* paraît avoir été fixé de la sorte qu'il ne devait pas dépasser le tiers de la *franche tenure* (*freehold*, *liberum tenementum*) que possédait le mari au moment du mariage; il était cependant d'usage d'accorder à la femme, à titre de douaire, la moitié et même la totalité des biens tenus en fief [4]. Pendant le mariage, la femme n'avait aucun droit sur les biens désignés pour son douaire futur; ses droits à cet égard n'existaient qu'après la mort du mari. A tous les autres égards, elle ne pouvait élever aucune prétention sur la masse, et, de la sorte, ni les lois anglo-saxonnes, ni celles postérieures à la con-

[1] Cf. Thorpe, p. 108.

[2] Cf. Thorpe, *l. c.*, et Davoud-Oghlou, II, p. 357.

[3] Les *Domas* du roi *Kanut*, 75 (p. 179) sont considérés contenir une disposition prohibitive contre l'achat de la fiancée; voir Grimm, *l. c.*, p. 422. — Gans, IV, p. 298; Kolderup-Rosenvinge, *Grundrids af den danske Retshistorie*. Copenhague, 1832, I, p. 153; Thorpe, p. 179, est d'une autre opinion.

[4] Thorpe, dans son *Glossaire* aux *Ancients Laws of England*, cite à cet égard Glanvilla († 1190). — Gans, IV, p. 333-41, cite de même Glanvilla et Bracton, *De leg. et cons. Angliæ*, ainsi que Littleton, *on Tenures*. Cf. Phillips, *Englische Reichs-u. Rechts-Geschichte*. Berlin, 1828, II, p. 155, et, à l'Appendice, Glanvilla (*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ*, lib. VI, I (p. 381).

quête des Normands, ne connurent une communauté des biens entre époux. Ce ne fut pas, toutefois, le régime dotal des Romains qui, en Angleterre, empêcha d'une façon directe la naissance du régime de la communauté, parce que le droit romain n'y a jamais été employé comme droit subsidiaire[1]. La cause doit donc être cherchée ailleurs, savoir dans *la législation féodale* des Normands, et dans ses principes rigoureux sur le droit de propriété foncière, ainsi que sur la transmission, d'une main à l'autre, des propriétés territoriales.

Le fait que la communauté des biens entre époux est encore totalement inconnue en Angleterre, dépend d'une cause purement *politique*. Il est une conséquence rigoureuse du principe qui contribue encore de nos jours à maintenir dans ce pays une puissante *aristocratie territoriale*. Or, cette aristocratie ne peut exister que par la loi de succession aux héritages qui y est en vigueur. D'après ladite loi, les femmes, au même degré de parenté que les mâles, sont exclues de la succession aux biens-fonds, et le droit d'aînesse décide de la priorité entre les mâles[2]. La tendance du système est donc de *concentrer les grandes fortunes territoriales dans les mains de quelques individus, et d'en empêcher le morcellement*. Une modification à cette loi, par laquelle la femme serait, au même degré, appelée à la succession avec l'homme, ou par laquelle le droit d'aînesse serait aboli pour faire place à un partage à lots égaux, aurait bientôt renversé tout l'édifice aristocratique. Il ne faut donc pas s'attendre à trouver une communauté des biens entre époux dans un pays où les intérêts politiques ont poussé la législation dans une direction semblable. Les principes de la succession aux héritages et ceux réglant l'association des biens des époux doivent être en harmonie les uns avec les autres, si l'on veut atteindre le but que nous venons de mentionner. Quoique la législation anglaise

[1] Cf. de Savigny, *Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter*, IV, p. 356, et Phillips, *über die Reception und das Studium d. Röm. Rechts in England*, dans la *Krit. Zeitschrift f. Rechtsw. u. Gesetzg.*, I, p. 400-15. On ne peut nier, toutefois, que le droit romain n'ait pu exercer une influence indirecte à cet égard. Cf. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, II, 2, 9; III, 2, 29.

[2] Cf. Stephen, *New Commentaries on the Laws of England*. Londres, 1848, I, p. 376-78.

admette actuellement que l'homme et la femme ne constituent juridiquement qu'une seule personne, et bien que ce principe entraîne les conséquences légales les plus importantes, on ne trouve toutefois, pour les causes émises plus haut, pas la moindre trace de biens communs à tous les deux [1]. Le mariage consommé, la femme devient ce que la terminologie légale des Anglais nomme *a feme covert* [2], c'est-à-dire qu'elle passe sous la tutelle du mari, et ne peut plus, d'après la règle, exercer des droits de propriété. Le mari est considéré comme ayant un droit presque illimité d'administration sur les *freeholds* (franches tenures) [3] apportés par elle dans l'association conjugale, et les revenus de ces biens appartiennent à lui seul. Il en est de même des *chattels real* [4] de la femme, lesquels deviennent la propriété du mari, s'il survit à son épouse. Les biens meubles (*personal chattels*) qu'elle avait étant fille, ou ceux reçus par elle pendant le mariage, deviennent aussi la propriété du mari, et il n'y a d'exception que pour ses vêtements, ses objets de literie et ses parures. Ces effets, qui portent le nom général de *paraphernalia* (biens paraphernaux), sont sa propriété exclusive [5]. A la dissolution du mariage par la mort de l'époux, son seul droit dans la masse est le *dower* (douaire), c'est-à-dire le droit de viduité en vertu duquel elle reçoit, pour le temps de son veuvage, l'usufruit du *tiers* de tous les immeubles qui ont constitué, à titre de *freeholds*, la propriété du mari [6].

[1] En Écosse, on trouve toutefois une communauté des biens fondée sur la coutume, mais restreinte aux seuls biens *meubles*. Si le mari meurt le premier, et qu'il y ait des enfants, la femme reçoit un tiers, et, dès qu'il n'y a pas d'enfants, la moitié de ces biens. Si la femme meurt la première, ses enfants reçoivent, à titre de succession maternelle, la moitié de tous les biens meubles.

[2] Cf. Stephen, *l. c.*, II, p. 245.

[3] Pour la signification du mot *freehold*, voir Stephen, I, p. 221 et suiv.

[4] Voir Stephen, I, p. 268-69.

[5] Cf. Stephen, II, p. 246-49.

[6] Stephen, I, p. 257; II, p. 250 : « *The third part of all lands and tenements in fee simple or fee tail,* of which the husband was seized, either « in law or in fact, at any time during the coverture. » — Les *Tenures of copyhold* ne peuvent être données en douaire. Voir à cet égard Stephen, I, p. 593.

CHAPITRE VII.

DE LA COMMUNAUTÉ D'APRÈS DIFFÉRENTES LOIS EN VIGUEUR EN AMÉRIQUE.

Les divers États de l'Amérique du Nord, dont les lois sont en majeure partie basées sur le droit anglais, ne reconnaissent pas de communauté des biens entre époux. Dans quelques États on l'a remplacée, comme en Angleterre, par un douaire [1] au bénéfice de la veuve, tandis que la plupart des autres paraissent avoir adopté le principe que les époux doivent être, autant que possible, indépendants l'un de l'autre sous le rapport de leurs biens [2], et qu'il faut, pour cette raison, leur laisser à chacun la pleine propriété de leurs biens respectifs et le droit le plus complet de disposition à leur égard [3]. L'État de *Louisiane*, primitivement colonie espagnole, a toutefois conservé la communauté des acquêts en vigueur dans l'ancienne patrie de ses habitants [4]. Nous avons vu, page 291, que la législation *mexicaine*, basée sur le droit espagnol, reconnaît la communauté comme la règle dans le régime des biens conjugaux. C'est aussi le cas à *la Trinité*, jadis colonie espagnole, actuellement colonie anglaise, de sorte que, d'après le droit espagnol, les époux y jouissent de la communauté des biens acquis pendant le mariage (*bienes gananciales*).

Le *Canada*, jadis colonie française, conserve encore aujour-

[1] *Code of Virginia*, tit. XXXI, chap. cx, § 1 : « A widow shall be endowed « of one-third of all the real estate, whereof her husband or any other « to his use, was, at any time during the coverture, seized of an estate « of inheritance, etc.

[2] Cf. Kent, *Commentaries on American Laws*, New-York, 1851, II, p. 107 et suiv. : « By the laws of *Texas*, it is provided that all the pro- « perty of the husband on marriage, and all his future acquisitions, shall « be his separate property; and that the property of the wife, owned at « the time of marriage, or thereafter acquired, shall be her separate pro- « perty. » Cf. *l. c.*, une loi de 1850 pour l'État d'*Alabama*.

[3] Dans l'État de New-York, une loi du 7 avril 1848 et du 11 mai 1849 statue : « That the property of a woman thereafter marrying should con- « tinue her sole and separate property as if she were a single female, not « liable to her husbands debts, nor subject to his disposal. » Kent, *l. c.*

[4] *Code of Louisiana* (de l'année 1824), art. 2, 312 ; 2, 369-70.



d'hui le régime de la communauté d'après la coutume de Paris. C'est, par conséquent, la seule des anciennes coutumes françaises qui ait conservé force de loi jusqu'à nos jours, et cela sur une terre étrangère. La *Guyane* [1] possède de même une communauté des biens établie sur la double base du droit hollandais et du droit français, transportés dans le nouveau monde par les colons venus de Hollande et de France.

C'est un fait bien remarquable que cette existence de la communauté des biens entre époux dans toutes les parties du monde où les Espagnols, les Portugais, les Hollandais et les Français ont fondé des colonies. Nous ne connaissons pas toutes les lois du *Brésil*, ni celles des autres États de l'Amérique du Sud à cet égard, mais nous avons toute raison de supposer que la communauté des biens y est encore la règle, d'après le droit portugais et le droit espagnol. Ce dernier est en vigueur dans la *Bande orientale*, à *Buenos-Ayres*, dans la *République Argentine* et au *Paraguay*.

CHAPITRE VIII.

LÉGISLATION RUSSE : ABSENCE DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX.

Une révision longtemps projetée du droit russe fut terminée sous le règne de l'empereur Nicolas Ier. Le nouveau code (*Svod*), fruit de ce travail, entra en vigueur en 1835 [2]. Il contient des dispositions précises à l'égard du régime des biens conjugaux, mais ne reconnaît aucuns biens communs entre les époux [3]. Il statue, comme règle, que chaque époux a ses biens propres, dont il dispose librement [4]. Nous n'osons décider si ces dispositions proviennent, en tout ou en partie, de l'influence du droit romain sur la législation russe, ou si l'on ne doit pas plutôt les

[1] Burge, *l. c.*, I, p. 413 ; 335 ; 276.

[2] *Code civil de l'empire de Russie*, traduction française de Foucher, dans la *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*. Rennes, 1841.

[3] Art. 80 : « Le mariage n'emporte pas la communauté des biens. Sont personnels à chaque époux les biens qu'il a eus au moment du mariage, ainsi que ceux qu'il a acquis depuis. »

[4] Art. 84 : « Chacun des époux est libre, quant à ses biens personnels, d'en disposer à titre de vente, etc., sans le concours du consentement ou de la procuration de l'autre époux. » Cf. art. 5.

attribuer à d'anciennes traditions slaves. Nous avons seulement voulu appeler l'attention sur ce fait que, dans le grand empire russe, où le code ci-dessus est en vigueur, il n'existe aucune communauté des biens entre époux. La Finlande seule fait exception, le code suédois de 1734, lequel statue le principe de la communauté, continuant à y avoir force de loi.

TROISIÈME SECTION.

C. — Développement de la communauté des biens entre époux, d'après les lois des peuples scandinaves.

CHAPITRE Ier.

CÉLÉBRATION DU MARIAGE ET RÉGIME DES BIENS DES ÉPOUX DANS LES TEMPS LES PLUS RECULÉS DE LA CIVILISATION SCANDINAVE.

Nous avons indiqué, p. 31, ce qu'était l'idée de la famille chez les peuples germains, et mentionné les obligations que le lien du sang y imposait aux membres d'une même famille. L'histoire du droit des Germains du Nord montre, d'une manière encore plus claire que celle des Germains du Sud, toute l'influence de l'idée alors dominante de la famille comme une totalité absolue vis-à-vis des autres familles. Cette idée se reflète tout spécialement dans les dispositions minutieuses que les lois des peuples scandinaves contiennent sur l'acte le plus important pour l'individu, le mariage, qu'elles considèrent toujours comme concernant la famille entière[1]. Ainsi l'on attribuait une telle importance à la simple intention de s'allier conjugalement au membre d'une famille étrangère, que, pour le choix d'une épouse, les hommes mêmes paraissent avoir été obligés, jusqu'à

[1] Cf. Nordström: *Bidrag till den Svenska Samhällsförfattningens Historia*, II, p. 11 et suiv.

un certain point, d'obtenir le consentement de leurs parents[1]; ils étaient du moins tenus, avant de contracter l'union matrimoniale, de demander les conseils des principaux membres de leur famille.

La femme non mariée, toujours placée sous la tutelle de son père ou des parents mâles les plus proches[2], était représentée, lors de la convention du mariage, par son *sponsor*, sans l'approbation duquel il lui était impossible de contracter de son propre[3] une union considérée comme légitime tant à son égard qu'à celui de ses enfants[4]. L'union qu'elle aurait contractée sans cette autorisation, n'était pas, toutefois, toujours considérée comme illégitime, du moins à l'époque où nos coutumes provinciales

[1] Pour les renseignements fournis par les *Sagas*, voir Thorlacius : *Borealium veterum matrimonia*, p. 21-22. Si la loi même ne statuait pas que le prétendant en eût préalablement conféré avec ses proches, ce procédé parait en tout cas avoir été considéré comme exigé par l'usage et par les convenances. Aussi la *Loi de Sudermanie, Section de mariage*, 1, dit-elle : « Maþer will sik kunu biþiæ med raþe skyldaestæ fraendæ sinæ. »

[2] Dans la *Grágás*, le *sponsor* de la femme est nommé *fastnandi*. Pour l'ordre dans lequel les parents exerçaient le droit de *sponsor*, voir Festa-Þ. (Section de mariage), 1 (I, p. 305-6). Pour la question si, d'après la *Grágás*, le *sponsor* pouvait forcer la femme au mariage ou empêcher les offres qui pouvaient lui être faites, voir Finsen : *Den Islandske Familieret*, p. 207-11. Dans les lois norvégiennes, le *sponsor* est nommé *giptingarmadr* (voir *Loi de Frostathing*, XI (I, p. 230) ; 16 (I, p. 233, etc.), et, dans les coutumes provinciales de la Suède, *giftarmaþer, gipta maþer, giftomaþer ;* voir les Glossaires de Collin et de Schlyter pour les lois de Westrogothie et d'Ostrogothie. Pour les droits du *sponsor* d'après les coutumes provinciales, voir Nordström, *l. c.*, II, p. 13-14.

[3] La veuve paraît avoir eu plus de liberté. Il est toutefois probable qu'elle aussi était, dans le principe, sous l'autorité d'un *sponsor*. Mais déjà l'*Ancienne Loi de Gulathing*, 51, lui reconnaît le droit de conclure elle-même les fiançailles, avec l'approbation de ses proches : « *Eckia scal sjolf* « *festa sic*, oc hava *frenda rađ viđ*. » — La *Loi de Westrogothie*, II, add. 8, déclare, par contre, expressément que la veuve doit être fiancée par un *sponsor* légal : « Eig ma ok æukiu fæstæ æller ñri gipt hennær skiliæ, « vtan rættær giftar man ; » cf. toutefois, I, *Section de mariage*, 6, et II, *Section de mariage*, 7, endroits qui pourraient autoriser une opinion contraire. La *Loi d'Upland*, *Section des successions* (*Aerfda Balken*), 2, pr., laisse à la veuve entière liberté de choix : « *Ænkiæ* aghær siælff giptu « sinni raþæ ; » mais la *Loi de Sudermanie, Section de mariage*, I, y ajoute : « Meþ faþurs raþe oc skyl þasta frændæ. » — Cf. pour le droit danois : Kolderup-Rosenvinge, *Grundrids af d. d. Retshistorie*, I, 145-46.

[4] Cf. Thorlacius, I, p. 23.

furent rédigées par écrit; mais l'homme qui l'avait séduite s'était rendu coupable, envers la famille, d'un affront qui exigeait une réparation spéciale[1], et la femme était regardée comme déshonorée, et devenue, par ce fait, indigne d'hériter des siens, à moins que ceux-ci ne lui pardonnassent sa faute[2].

Avant d'entrer dans l'histoire du régime des biens conjugaux, qu'il nous soit permis de jeter un coup d'œil sur les conditions extérieures que les coutumes du Nord paraissent avoir exigées pour la validité du mariage.

Ces conditions étaient :

La convention des fiançailles.

Le MUNDR, *ou la constitution d'un don pour l'obtention de la fiancée.*

La tradition solennelle de la fiancée[3].

Voici ce qui se passait à l'égard de la première de ces conditions.

[1] *L. W.*, I, S. M., 6; II, S. M., 7. — *L. O.*, S. M., 16; *L. Sd.*, S. S. 3, 1. La *Loi de Helsingland*, S. S., 14, pr., indique d'une manière encore plus précise que les amendes constituaient une réparation envers la famille : « Later mö *liggiæ* sik. *bötæ han faþer hænnæ*, XVI, öræ. *broþer* VIII, öræ. « *syslingæ* IIII öræ. » Cf. *Grágás*, Festa-Þ., 25 (I, p. 339). — *N. Landsl.* M. B. 29, A. B. (V), 5.

[2] C'est ce que statue la *L. d'U.*, S. S., I, 2 : « Hwilikin mö man takær. « *mot faþurs wiliæ ællr moþor.* æn þer liwæ. hwat hun takær han til aþal- « manz ællr löskæ lægbis. *Þa wæri miskunnæ konæ* faþurs oc moþor. Ok « ænxi annærs frændæ. Ællr giptæ manz. *will* faþir ok moþer forlatæ « henni sak sinæ. Þa taki. Hun *fullæn arfþælot.* » Cf. *L. Sd.*, S, M., 1, 1. — *Loi de Westmanland*, I, S. M., 3, 1; II, S. H., 1, 2; — *L. H.*, S. H., 1, 2; — *Nouvelle Loi des campagnes*, S. M., 3, pr. — *Nouvelle Loi des villes*, S. M., 3. — *Loi de la ville de Wisby*, IV, 4. — Cf. encore la *Nouvelle Landslov*, S. S. (V), 2 : « En ef kona giptizt *uttan rads fadur sins eda brodor eda* « *moþor eda þess er giptingar maþr er firir rade hennar hafe firir gort* « *orfum* allum þeim er undir hana kunnu att falla þædan ifra, etc.; » ainsi que la *Nouvelle Bylov*, V, 2.

[3] La *Loi de Jutland*, 27 (édit. Kolderup-Rosenvinge, *Samling af gamle Danske Love*, III, p. 58), montre qu'il y avait exception à ces principes; ainsi, une concubine (*Slekefrith*) pouvait devenir femme légitime après une espèce de prescription de trois ans. Cf. Kofod-Anker : *Samlede juridiske Skrifter*, Copenhague, 1809, II, p. 200-3, et Kolderup-Rosenvinge, *D.*

Après que le prétendant avait fait présenter, par l'un de ses amis, sa demande au père ou au *sponsor* de la femme[1], le prétendant, suivi de ses parents, s'assemblait, avec le *sponsor* et les plus proches parents de ce dernier, en *conférence* dite *des fiançailles* (*fæstnaþar stæmna*)[2],[3], pour établir plus explicitement les bases de la convention, et fixer les conditions du mariage. Le prétendant exposait sa demande (*prière*)[4], et déclarait le don qu'il avait le dessein de faire pour l'obtention de la fiancée (*tinir* MUNDAR-*mál*)[5], le *sponsor* répondait, au nom de la prétendue[6], à cette demande, et *nommait* la *dot* [*næmna fylghþ*[7], *heimanfylgia*[8],

Danske Retshistorie, I, p. 153. — Il paraît de même, d'après l'*Ancienne Loi de Gulathing*, 125 (I, p. 54), que vingt ans de cohabitation avec une concubine entraînaient les mêmes suites légales du mariage légitime.

[1] La *Saga de Niál*, chap. II et XIII, contient des données explicites sur les formalités que l'on observait dans cette conférence.

[2] Voir le *Glossaire* de Collin et Schlyter, pour la *L. W.*

[3] La *L. O.*, S. M., 5, 1, montre que, d'après l'usage, les parents au troisième degré y assistaient... « Tue þer sum hænna næste æru *innan þriþia* « *kna sum þær uaru nær þa hon fæstis*, etc. »

[4] La demande en mariage est déjà nommée *bŏnord* (*prière*) dans les Sagas; voir *Saga de Niál*, chap. XIII. — Demander une femme en mariage, est rendu par « *Sær kono biþia*, » (se prier une femme); voir *Laxdæla Saga*, Copenhague, 1826, chap. XXXIV (p. 132); voir, en outre : *L. W.*, I, S. M., 1, 2; II, S M., 1, 2; S. H., 21.— *L. O.*, S. M., 1; 29; pr. 1. — *L. U.*, S. H., 1, pr. — *L. Sd.*, S. M., I, pr. — *L. Wd.*, I, S. M., 1; II, S. H., 1, pr. — La même expression se retrouve dans les lois norwégiennes; cf. la *Nouvelle Loi de Borgarthing*, Chr. R. (*Droit ecclésiastique*), chap. XV (II, p. 299); 25 (p. 304); la *n. L. G.*, D. E., chap. XXIII (II, p. 319).

[5] *Grágás*, Festa-Þ., 7 (I, p. 316) : « Þa er kona fŏstnoþ at lŏgom, ef « maþr tinir *mundar* mál, etc.; » chap. L (p. 370).

[6] Cf. *Grágás*, *ut suprà*.

[7] *L. O.*, S. M., 4, pr. : « Nu skal þæn fæsta sum nastær a fæþrinit. Þa « skal ok *næmna fylghþ hænna*. »

[8] *Laxdæla Saga*, chap. V (p. 10). — *Grágás*, Festa-Þ, 7... : « Þu hand- « salar mer *heimanfylgio*, etc... » Cf. *a. L. G* : *g.* 115. — *L. F.*, IX, 19; XI, 2, 4, etc. — *a. A. L. V. N.*, 105, 123, 125, etc. — *N. L. L.* (V), S. S., 1 (II, p. 74) : « Giptingar madr skal *skilia heimanfylgiu*, » 2 et suiv.; cf. chap. IV (p. 78). — *Loi Járnsida*, S. M. (éd. Copenh., 1847, p. 58) : « Gip- « tingar madr skal rada heiman fylgio, etc. »

hemfylgd[1], *heimanferd* (hemferth)[2], *heimanmundr*[3], *omynd*[4]], qui devait accompagner la fiancée. On fixait, en outre, l'époque du mariage, et surtout le régime des biens entre les futurs époux. La convention (festar, fæst=pactum) se ratifiait par une poignée de mains[5], donnée en présence des témoins appelés[6],[7]. Cela s'appelait, de la part du prétendu, *s'attacher la femme* (*fastna ser konu*), et, de celle du *sponsor*, *attacher la femme à l'homme* (*festa konu manni*). Dans le principe, le consentement de la femme ne paraît pas avoir été nécessaire[8]; mais déjà la

[1] *L. W.*, I, S. H., 5; II, S. H., 7. — *L. U.*, S. S., 8, « mæþfylgþ. » — Thorlacius, *Om det gamle Nordiske Lovsprog*, p. 177-78, a cherché à démontrer que les mots *heimanfylgia, hemfylgd,* signifient à proprement parler les *biens qui suivent l'épouse de la maison paternelle* (*heiman*; all. *heim*, angl. *home*, maison paternelle, et *fylgia*, *fylgd*, suite, accompagnement).

[2] *Loi de Jutland*, I, 15. — *A. L. V. N.*, 70.

[3] Nous n'avons trouvé nulle part, dans les lois, la dénomination de *heimanmundr*. Mais Thorlacius, *l. c.*, p. 191, indique que ce mot alterne avec *heimanfylgia*, dans les anciennes langues du Nord. — A la même opinion se rattachent Engelstoft, *Forsøg til en Skildring af Qvindekjønnets huuslige og borgerlige Kaar hos Skandinaverne*, Copenhague, 1799, p. 155, et Th. Sveinbjørnson, Rem. sur la *Járnsíða*, p. 58.

[4] *Omynd*, *omund*, se trouve dans la *L. O.*, avec la signification de *dot* à la fille; sur l'étymologie de ce mot, Thorlacius, *l. c.*, 191, émet l'hypothèse qu'il est une contraction de *heimanmundr* : « Man vil dog nok forgieves « søge, » dit-il, « hvor diphtongen *ei* er blefven forvandlet til *o*, som ei er « usedvanligt; ikke at tale om at det Nordiske *heima* i det Engelske hedder « *home*. Heller ikke maae man støde sig over, at det første *h* er udeladt, « endog foran ved en vocal, ligesom i *asœtær* for *hásetar*. » Cette hypothèse ne nous paraît pas admissible.

[5] Ainsi, il est dit dans la *Saga de Niál*, chap. II : « Sidan stodo þeir upp « ok *tókur i hendr* ok fastnadi Mordr Ruti dóttur sina. » — *L. W.*, I, S. M., 2 : « Þaghar firi fæst ær skilt ok *handum saman takit*, etc. »

[6] La *Grágás*, Festa-Þ., 7 (I, p. 316-17), donne une description exacte de la manière dont on procédait à cet égard. Elle donne même les formules que l'on devait employer. — Sur l'importance des témoins pour preuve future, voir plusieurs exemples dans les lois norwégiennes (*A. L. G.*, 124 (I, p. 53-54); *A. L. V. N.*, 132 (I, p. 327); *N. L. L.*, S. H. (V), 1 (II, p. 74).

[7] D'après les dispositions de nos anciennes Coutumes, un certain nombre de *fastar* ou témoins devaient être présents à la convention. *L. O.*, S. M., 5, 1; — *L. U.*, S. H., I, 1; — *L. H.*, S. H., 1, 1; — *L. W: d.*, II, S. H., 1; — *N. L. V. N.*, S. M., 2; — *N. L. V.*, S. M., 2. Cf. *Loi de la ville de Wisby*, IV, 1, 6. — Les formalités étaient donc celles usitées dans les *achats d'immeubles*. — Cf. Schlyter : *Jurid. Afhandl.*, I, p. 146.

[8] C'est ce que prouvent la *Saga de Niál*, chap. X (. 17), et celle d'*Egil*,

Loi de Westrogothie attache une certaine importance à ce consentement, permettant la dissolution de tout mariage auquel la femme aurait été forcée[1]. Les conditions stipulées lors des fiançailles se nommaient, dans les plus anciens temps, *festamáldage*[2], ou *festakaupmále*[3].

La partie la plus importante de la convention était, outre la fixation du régime des biens conjugaux, auxquels nous reviendrons plus tard, le *don* (*mundr*)[4] *que le prétendant devait faire pour l'obtention de la fiancée*. Le prétendant se présentait à cette convention comme un acheteur offrant une certaine somme d'argent ou de biens, et le *sponsor*, comme un vendeur, stipulant la tradition de la fiancée et la dot qui devait la suivre. La convention entière prenant de la sorte l'aspect d'un contrat de vente, on trouve, non-seulement dans les *Sagas*, mais encore dans la *Grágás* et dans les plus anciennes Coutumes de la Norwége, des

chap. VII (p. 24). Cf. en outre, Thorlacius, *Boreal. vet. matrim.*, p. 22-23; — Schlegel, *Commentatio hist. et crit.*, p. CXVIII. — Finsen, *l. c.*, p. 207 et suiv.

[1] *L. W.*, II, Section Ecclésiastique, 52. — *L. U.*, S. H., 1, 4, dit que la femme pouvait s'opposer à des fiançailles conclues sans son consentement. — *L. W: d.*, II, S. H., 1, 4. — Cf. *L. H.*, S. H., 1, 4.

[2] *Saga de Nial*, chap. II (p. 4). — *Grágás*, Festa-Þ., 6 (I, p. 312). — *N. L. L.*, S. H. (V), 1 (II, p. 74), etc. — *Máldagi* = *conditio, stipulatio, conventio*; voir *Glossaire* de la *Grágás*.

[3] Cf. Thorlacius, I, p. 37.

[4] *Grágás*, Arfa-Þ., 3 (I, p. 175), Festa-Þ., 50 (I, p. 370), etc, — *A. L. G: g.*, 25, 27 (I, p. 16), 51 (p. 27), 58 (p. 31), 64 (p. 33), 103, 104 (p. 48), 124 (p. 54). — *L. F.*, III, 13 (I, p. 152); XI, 14 (p. 232). — *A. L. V. N.*, 68 (I, p. 317), 132 (p. 327). — *A. L. B.*, *Dr. eccl.*, 10 (I, p. 356). — *Droit ecclés. Sv.*, 64 (I, p. 427), 67 (p. 428).— *N. L. B.*, *Dr. ecclés.*, 26 (II, p. 305). — *Járnsida*, S. M., 5 (p. 64). — *L. W.*, II, S. M., 1. — On trouve de même dans le *Grágás* la dénomination *kvánarmundr*, Festa-Þ., 2 (I, p. 172-74), etc. — Le *Mundr*, *kvanarmundr*, *konarmundr*, est rendu dans le *Glossaire* du *Grágás* par « *munus sponsalitium*, arrha qua sponsus uxorem sibi « quasi emeret; » Cf. *Glossaire* de la *Saga de Niál*; Sveinbjörnsson, Remarques sur la *Jarnsida* (p. 58) : « *Mundr* simpliciter positum ambiguæ est « significationis, nec magis *donum matutinum*, quod sæpissime dicitur « *gjof*, quam *largitionem sponsalitiam* et *antipherna*, quibus uxor quasi « emitur, denotat. » — Il admet de même que le *mundr* de la *Járnsida*, S. M., 5, a la signification de *dós proprie* sic dicta = *heimanfylgia*; mais cela nous paraît peu probable.

expressions telles que *kaup*[1] (achat), *kaupa kono mundi*[2] (acheter la femme par don (*mundr*), *kono mundi keypt*[3] (femme achetée par don).

Mais nous doutons que l'on puisse conclure de ce fait que, d'après les coutumes du Nord conservées jusqu'à nous, les fiançailles constituaient un *achat* effectif de la personne de la femme, et le don (*mundr*), un véritable *prix d'achat*[4]. Il nous paraît incompatible avec le profond respect témoigné, suivant les sources historiques du Nord, à la femme libre, d'admettre que la femme honorée du titre d'*aþalkona* (femme légitimement mariée) ou de *husfru* (*matrona*), fût achetée comme un meuble précieux ou comme une esclave de haute valeur. Il est, en outre, contraire, selon nous, à l'idée de l'honneur même de la famille, d'admettre que, par une vente avilissante, le *sponsor* pût remettre au prétendant, comme une simple marchandise, un membre de la famille placé sous sa tutelle et sous la protection de la famille entière. Sans doute, si c'eût été le cas, le titre d'*arfboran* (enfant né légitime et capable d'hériter) ou d'*aþalkonu barn* (enfant d'une femme légitimement mariée) n'aurait pas été une dénomination honorifique; posséder une mère *achetée* à de telles conditions, ne pouvait conférer à l'enfant rien de distingué ni d'honorable. S'il est dit aussi de l'homme « qu'il *achetait* sa femme, » on ne trouve pas une seule expression indiquant que le *sponsor* vendît la femme libre[5]. En outre, il ne faut pas oublier que, dans l'ancienne

[1] *Saga de Niál*, chap. IX (p. 17) : « Sidan tala þeir um *kaupit*. » — *Saga d'Egil*, chap. VII (p. 42) : « Bjórgólfr *keypti* hana med eyri gullz. »

[2] *A. L. G: g.*, 25, 27 (I, p. 16) : « En ef maðr *kaupir kono mundi* oc mal« daga, etc.; » 51 (p. 27), 115 (p. 51). — *Droit eccl. Sv.*, 64 (I, p. 427). — *N. L. L.*, S. S., (V), 13 (II, p. 86). « Þui at engi skal ser *kono kaupa* med « annars fe. » — *N. L. V. N.*, S. S. (V), 6 (II, p. 230).

[3] *Grágás*, Arfa-Þ., 3 (I, p. 175) : « Sa maþr er eigi arfgengr, er *moþir* « *hans er eigi mundi keypt*, etc. » — *A. L. G: g.*, 25 (I, p. 16) : « Várr scal « huerr eina kono eiga. Þa er hann hever *mundi keypt* oc maldaga. » 58 (p. 31), 103 (p. 48), 124 (p. 54) : « Vér varum þar er *moder hans var* « *mundi keypt*, etc. — *L. F.*, III, 13 (p. 152); — *A. L. V. N.*, (Bj. Ret), 68 (p. 137), 132 (p. 327). — *Dr. ecclés. Sv.*, 67 (p. 428).

[4] La *Saga de Niál*, chap. II, montre que le *mundr* consistait aussi en immeubles.

[5] Voir *Laxdæla Saga*, chap. XII (p. 28), et *L. O.*, Vins. B, 1, comment on achetait la femme serve.

langue du Nord, le mot *kaup*[1] désigne non-seulement le plus important de tous les contrats, l'*achat*, mais aussi, en général, un contrat quelconque. La *Nyere Bylov* (nouvelle loi des villes) de Norwége, *Section des successions*, V, 4, emploie encore le terme *kaup* pour la convention des époux sur le régime des biens conjugaux[2], quoique celui de *gipta* (contracter mariage) soit ordinairement employé dans les Lois de *Magnus Lagabäter*[3]. Si donc l'antiquité la plus reculée fournit des exemples de pères abusant, jusqu'à vendre leurs filles, de la puissance absolue qu'ils avaient alors, nous ne pouvons cependant admettre que la convention des fiançailles ait été, suivant les lois des peuples du Nord, un *achat* dont la fiancée était l'objet, et le *mundr*, le prix[4].

Cette convention étant d'une importance toute particulière, la coutume exigeait qu'elle fût, autant que toute autre transaction importante, accompagnée de certaines formalités extérieures destinées à protéger les droits des parties contractantes[5].

[1] Voir Ihre, *Glossarium Sveo-Goth.*, au mot *Köpa* (acheter). Le *Glossaire* de la *Grágás* rend le mot *kaup* par « *contractus* (in genere), emtio, venditio (in sp.). »

[2] La *N. L.*, S. H. (V), 4 (II, p. 77), contient, dans le texte parallèle à celui cité ci-dessus, le mot *gipting*, au lieu de *kaup*. — Cf. l'*A. L. V. N.*, 124 (I, p. 326) : « Engi maðr má *aflaga kaupi kaupa* um kvenna-giptir allar. hvárki karl ne kona. en þó at *kaupi*. þá scal eigi haldast. » Cf. *N. L. V. N.*, VII, 17 (II, p. 261).

[3] On retrouve même encore dans la loi norwégienne (*Norske Lov*) de Christian IV (1604), S. M., 6, 13, l'expression « *at kiöbe sig Qvinde,* » sans qu'il soit le moins du monde question d'un achat proprement dit.

[4] L'acception du mot *mundr* comme *prix d'achat* a été admise par Thorlacius, *l. c.*, p. 187 ; — Engelstoft, *l. c.*, p. 146-49 ; — Schlegel, *Astræa*, II, p. 207-9, et *Comm. hist. et crit.*, p. CXVII-XVIII, où le *mundr* est déclaré correspondre au *morgengab* ; — Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshistorie*, I, p. 157 ; — Finsen, *l. c.*, p. 227-29. L'observation de ce dernier, dans son intéressant mémoire, p. 204 : « For *Penge* tilhandler den giftefærdige Mand sig en *kone, som om det var en fornuftlos Ting,* » nous paraît peu vraisemblable. Il combat, au reste, l'opinion de Schlegel, que le *mundr* était un *morgengab*, et celle de Sveinbjörnsson, que c'était une *arrha sponsalitia*.

[5] Cf. H. Järta, *Försök att framställa lagfarenhetens utbildning ifrån Konung Gustaf I:s anträde till Regeringen intill slutet af* 17 : *de århundradet* (voir *Vitterh. Hist. O. Ant. Acad:s Handl.*, XIV, p. 224-28). Nous croyons devoir, à tous égards, approuver ce qui suit : « Da alla öfverenskommelser,

L'homme s'engageait à cette fin à payer une certaine somme en argent ou en biens. Cette somme, *mundr*, désignait le sérieux de sa demande ; elle était un gage que cette demande ne serait pas retirée légèrement, et de manière qu'il en rejaillît de l'affront sur la famille. Elle devait sans doute, à une époque où l'on attachait une telle importance aux liaisons avec des familles de haute considération, constituer pour la famille un témoignage de la reconnaissance du fiancé, pour avoir été admis à une liaison si intime avec cette famille. Il est probable que, dans le principe, ce don d'amitié et de respect devenait, en tout ou en partie, la propriété du *sponsor* et de la famille[1] ; mais il est à supposer qu'il comprenait souvent des présents à la fiancée elle-même, tels que des ornements et des objets précieux, des serfs, des serves, etc. Les Sagas islandaises fournissent du moins de bonnes raisons pour cette supposition[2]. Le don (*mundr*) tout entier fut, sans aucun doute, peu à peu considéré comme la propriété exclusive de la fiancée. La *Grágás* et les *Lois norwégiennes* paraissent montrer qu'il l'était à l'époque où ces lois furent mises par écrit[3]. Et comme ces anciennes lois statuent déjà que le *mundr* devient la propriété de la femme, dès que le mariage a été consommé par la cohabitation[4], il est évident que l'expression *kaupa kono mundi* n'indique pas un achat effectif de la personne de la femme. Si c'eût été le cas, la propriété du prix d'achat n'aurait pas passé à l'objet même de l'achat, mais à l'acheteur.

« som skulle ega rättskraft, borde afslutas med iakttagande af vissa bes-
« tämda formaliteter, och genom symboliska handlingar bekräftas..., så
« kan jag ej anse de ifrågavarande giftermalsaftalen, ehuru med skänker
« och gåfvolöften bekräftade, utgöra ett tillförlitligt bevis *för den nog*
« *allmänt antagna meningen, att i de äldsta tiderna våra förfäder, när de*
« *ej röfvade åt sig hustrur, köpte dem, såsom de köpte trälar och ting.* »

[1] La *L. W.*, II, *Dr.*, 11, s'exprime à cet égard d'une manière très-caractérisque : « Þy taker broþer *vingiæf.* att han skal fõre moþer æller systor « svaræ. Ok land flyæ æn sva komber til. »

[2] Cf. Thorlacius, *l. c.*, p. 189 ; Engelstoft, *l. c.*, p. 151.

[3] Pour ce qui concerne la *Grágás*, la *Section de mariage* (Festa-Þattr) de cette loi, 50 (I, p. 370), le montre clairement : « Þar er hiu comba « bæþi i eina sæing, at þa er kono *heimill mundr sin*, etc. ; » voir encore : même loi, *Section des achats* (Kaupa-B.), 9 (I, p. 411) ; cf. en outre, *A. L. G. g.*, 51 (I, p. 27), 54 (p. 29).

[4] Voir la note précédente.

On a cherché aussi à faire du *mundr* le dédommagement stipulé pour la puissance (*mund*) que le père avait sur sa fille, et qui passait au mari par le *kaup*[1]; mais alors il est difficile d'expliquer comment le *mundr* pouvait, d'après la *Grágás* et les *Lois norwégiennes,* appartenir à la fiancée seule. Dès que le *mundr* fut peu à peu devenu la propriété exclusive de la fiancée, il constitua une preuve positive de la qualité de *femme légitime.* Ce fut la transition au *Morgengab*, avec lequel le *mundr* devait souvent se confondre totalement. La stipulation du *mundr* étant toutefois obligatoire, et se faisant pour sûreté future avec les mêmes formalités que les contrats d'achat, c'est-à-dire en présence de témoins et avec la poignée de mains sacramentelle, la convention des fiançailles conserva longtemps l'apparence d'une transaction mercantile. De là vient probablement que les expressions *kaupa kono mundi, kona mundi keypt,* continuèrent à être d'usage, sans que l'on donnât au mot *kaupa* (acheter) une autre signification que celle de contracter un mariage.

Le *mundr* constituait donc la condition nécessaire du mariage légal; sans lui, la femme était privée de l'honneur attaché à la qualité d'épouse légitime, et ses enfants destitués tant du droit complet de succession, que des autres droits de famille. On peut suivre les traces de ce fait dans les Sagas les plus anciennes. Il suffira de citer comme exemple la *Saga d'Eigil*, chap. IX. On y raconte que lorsque les fils de *Björgolf* demandèrent à être mis en possession de l'héritage de leur père, on le leur refusa, sous le prétexte qu'ils étaient *fils de concubine;* ils répondirent alors qu'ils pouvaient prouver par témoins que le *mundr* avait été payé par leur mère (at þeir mundi vitni till fá, at módir þierra var *mundi keypt*)[2], et que, par conséquent, ils étaient « enfants légitimes » (*adalbornir*)[3]. La Grágás (*Section de mariage,* 7) déclare que la forme légale des fiançailles (« of þat hve kono er af lögom föstnoþ ») exige de la part du mari la promesse et la constitution du *mundr* (« *tinir mundarmál* »). De même, dans la Section des successions (*Arfa-þattr*), 3, de cette même loi, après la remarque que tous les enfants nés libres (« frials

[1] Nordström : *S. Samhälls författningens Historia,* II, p. 29, note 57, et p. 60.

[2] *Saga d'Egil*, chap. IX.

[3] Cf. *Laxdœla Saga,* chap. XXVI.

bornir ») ne sont pas compétents à hériter de leurs parents, il est dit « qu'aux biens du défunt *ne peut succéder celui dont la mère n'a pas été acquise par* mundr *d'un marc et au-dessus* (« sva maþr er eigi arfgengr, er moþir hans er eigi *mundi keypt*, mörc eþr meira fe »). Un marc était le minimum du *mundr*, sans doute parce que l'on considérait ce montant comme la limite entre la pauvreté[1] et une certaine aisance ; le mariage était en général défendu aux pauvres[2].

Le chapitre VII (I, p. 316-317) du Festa-Þ., lequel statue la manière dont le prétendant doit fixer le *mundr* et le *sponsor* l'*heimanfylgia* (dot), montre ensuite, de manière à ne s'y pouvoir tromper, que le *mundr* non-seulement signifiait *un don pour l'obtention de la fiancée,* mais encore constituait une espèce de contre-prestation de l'*heimanfylgia*.

Le mari ayant, pendant le mariage, le droit d'employer à ses propres besoins les revenus de l'*heimanfylgia*, et ne devant, à la dissolution du mariage, rendre aux héritiers de la femme que le montant de cette dot sans aucun dédommagement pour l'usufruit, on trouvait juste qu'il donnât une compensation à la femme. Toutefois cette compensation devait, pour emporter poursuite légale, être déterminée d'avance par le *mundarmál* (convention du *mundr*), tant à l'égard du montant que de l'espèce. De là cette signification toute transitoire, donnée par la Grágás au *mundr*, de compensation pour l'usufruit de l'*heimanfylgia*, compensation qui porta plus tard, dans les lois norwégiennes, les noms de *gagngiald*, *priđiungsauki* ou *tilgiof*[3]. La preuve de ce fait se trouve, comme l'a démontré M. Finsen[4], dans la circonstance que le *vidgiöld*[5] de la Grágás, ou, par périphrase,

[1] Finsen, *l. c.*, p. 227.

[2] *Grágás*, Festa-Þ., 12 (I, p. 323).

[3] Voir plus loin, à cet égard.

[4] *L. c.*, p. 218-52. Il fait, p. 252, l'observation suivante : « *Mundr* « havde saaledes en dobbelt Betydning : ved *mundr* tilforhandlede Manden « sig paa engang baade *Kone og Medgift.* »

[5] Ce mot ne se trouve que dans un seul endroit (*Arfa-Þ.*, 2 (I, p. 174). Sveinbjörnsson explique, dans son Glossaire de la *Grágás*, le *vidgiöld* de la manière suivante : « Solutio contraria, bona quæ sponsus phernis seu « doti sponsæ opposuerat, » = *gagngjald*; il ajoute qu'il faut se garder de confondre ce terme avec le *mundr*. Cf. ses observations sur la *Járnsida*, p. 58.

þat er við er goldit (ce qui est payé en compensation), n'est autre chose que le *mundr* de la même loi.

Même l'ancienne Loi de Gulathing, ch. LI, statue que le mariage doit se baser sur une convention de *mundr*. Il y est dit, à l'égard des conditions obligatoires du droit de succession des enfants («*at barn se arfgengt*»), que, lors des fiançailles, l'homme constituera à sa future un *mundr* d'au moins 12 öre, savoir : le *mundr* du pauvre (« þa scal maðr festa med kono þeirri XII aura *oreigi mund*»). Le *mundr* des chapitres XXV [1], XXVII [2], LI [3], LVIII [4], LXIV [5], CIII [6], CIV [7] et CXXIV [8], est, sans aucun doute, le *giof* des chapitres LI [9], LIV [10], CXV [11] et CXXIV [12], et le *tilgiof* des chapitres CIV [13] et CXV [14]. Une comparaison entre les chapitres que

[1] ..... « Várr scal huerr eina kono eiga. Þa er hann hever *mundi* « *keypt* oc maldaga. En ef hann *kaupir* tvær *konor mundi*, etc. »

[2] « En ef maðr *kaupir kono mundi* oc maldaga a utiðum, etc. »

[3] ..... « Vér scolom þat vita huessug vér scolom *konor kaupa með* « *mundi*. Þess at barn se arfgengt. Þa scal maðr *festa med kono* þeirri XII « aura *oreigi* mund. oc hava vid þat vatta. oc have hann brudmenn en « hon brudkonor. oc *give henne giof of morgon*. er þau hava um nott saman « verit slica. sem *hann feste við henne*. »

[4] « Nu ef hann a sunu þa er *moder er mundi keypt*, etc... Oc til allz « rettar *sva sum moder hans væri mundi keypt*. »

[5] ..... « Sa *mundr* scal henne uppi hallda *er hann gaf til hennar*, etc. »

[6] ..... « Ef moðer þeirra er *mundi keypt*. »

[7] « Sa heiter *hornongr* er frialsar kono sunr er. Oc *eigi golldenn mundr* « *við*. Oc genget i liose i huilu hennar. »

[8] « Nu scolo þat aðrer vattar bera. Vér varom þar er *moder hans var* « *mundi keypt*. Oc nemna hvar þat var. Oc þár varo bæde brudmenn oc « brudkonor. Oc *giof geven su er ved henne var fest. Eigi minni en XII* « *aurar oreigi mundr*. »

[9] Voir note 3.

[10] « Nu scal *giof kono* heimil væra er *til hennar var geven*. Hverr sem « Skilnaðr Þeirra verdr. — Þa a hon kost at ganga fra hanom med *giof* oc « gagngiallde. »

[11] « Nu er þar umaga eyrir i garde. Oc male kono. Þa er vel ef Þeim « vinnzt badom fe. En ef eigi vinnzt. Þa scal hon Þarnasc gagngiallz och « *giavar*. »

[12] Voir note 8.

[13] ..... « Oc er barn kvigt i kvidi hennar fyrr en hon andetzt... Þa « verðr þat arve *tilgiavar*. »

[14] ..... « Helldr scal kona Þarnasc *tilgiavar* sinnar helldr en Þeir menn « er fyrr atto at hanom en hann fengi hennar. Firi Þui at *engi scal sér* « *kono kaupa við annars fe*. »

nous venons de citer montre clairement, selon nous, que toutes ces différentes dénominations n'indiquent qu'une seule et même chose. Le *mundr*, *giof*[1] ou *tilgiof*, devint, d'après l'ancienne loi de Gulathing, la propriété particulière de la femme[2]. Cette circonstance, jointe à celle que le *giof* est défini, dans le chapitre LI, comme un don devant être, après la cohabitation du mari et de l'épouse, la première nuit des noces, payé au montant stipulé par la convention des fiançailles (*giof* of morgon, er þau hava um nolt saman verit slica sem hann festi vid henne), cette circonstance, disons-nous, dénote que le *mundr* commence à passer, dans l'ancienne loi de Gulathing, à la signification de *Morgengabe* pur et simple[3]. Les dénominations de *giof* et de *tilgiof* paraissent appartenir à une époque plus récente, et dater des nombreux amendements subis par cette loi[4] Ce qui est certain, *c'est que le* MUNDR *n'y a pas la signification de prix d'achat proprement dit, mais indique un don immédiat à l'épouse, destiné soit à imprimer un caractère de publicité à la convention matrimoniale, soit à honorer la donataire comme femme légitime, et comme mère future d'enfants légitimes.* Dans la Loi de Frostathing[5] et dans l'ancienne Loi des villes norwégiennes[6] (*Bjarkö-Ret*), on retrouve encore le *mundr* dans son ancienne significa-

[1] Sveinbjörnsson explique, dans son Glossaire de la *Járnsida*, le mot *giöf* par « *donum* in genere, etiam specialim : *arrha* vel *donum matutinum*. »

[2] Voir p. 87, notes 10 et 13.

[3] C'est ce qu'admet Finsen, *l. c.*, p. 249, note 3. — Schlegel, *Om Morgengavens Oprindelse* (Astraea, II, p. 213), ne voit dans le *mundr* autre chose qu'un *Morgengabe*. — Paus, *Samling af Gamle Norske Love*, I, p. 66 et 70, traduit fautivement le mot *mundr* par *lifgeding* (douaire). — Thorlacius, *l. c.*, p. 208, pense que le *giof* ne peut être un *Morgengabe*, mais seulement le *gagngjald* ou le *tilgiof* de la Nouvelle Loi des campagnes.

[4] Sous les règnes des rois *saint Olav*, Magnus le Bon, et peut-être aussi *Olav Kyrre*.

[5] III, 13 : « En ef fadur missir viđr... er barn getit. Þa take barn þat « arf fadur sins sem mođer vere *myndi keypt*. En i engom stađ ađrum « kömr mađr til arfs nema mođer se *myndi keypt* ; » — XI, 14 : « Ef cona « legz međ manni undir búanda sin... Þá hefir hon fyrirgört *mundi* sinum « oc priđiungsauca. »

[6] Le chapitre LXVIII est la reproduction verbale du chapitre III, 13, de la *Loi de Frostathing* (voir la note précédente). — 132 : « Ef mađr skal láta « ser vitni bera til arfs. Þá skal svá bera láta. At móđir hans var *mundi* « *keypt*, etc. »

tion de don nuptial particulier, mais sans doute aussi avec la dénomination de *Morgengabe*. Enfin, il est mentionné dans l'ancienne Loi ecclésiastique de Borgarthing[1], et dans la Loi ecclésiastique du roi *Sverrer*[2]. Il paraît ensuite avoir disparu comme prestation spéciale en faveur de l'épouse, et s'être confondu totalement, soit avec le *Morgengabe*, encore en usage sous le nom de *giof*[3] au temps de *Magnus Lagabäter*, ou aussi avec l'augmentation de dot, ou *tilgiof* de la nouvelle Loi des campagnes[4]. Du moins, autant que nous le sachions, le *mundr* n'apparaît pas dans cette loi, et la nouvelle Loi ecclésiastique de Borgarthing est la dernière des coutumes norwégiennes qui en fasse mention[5].

Les anciennes lois danoises ne font, il est vrai, aucune mention du *mundr;* mais il n'existe aucun doute que, d'après le droit danois, ce don n'ait été considéré comme nécessaire au mariage légitime. La femme, *gulfäst* (fiancée par or) de la Loi de Scanie, n'est autre que la femme légitime[6], mère d'enfants légitimes et habiles à succéder à leurs parents[7].

Les lois provinciales de la Suède exigent, de la même manière que les lois islandaises, norwégiennes et danoises, la constitution, lors de la convention des fiançailles, *d'un don au* sponsor

[1] Chap. x... « III marka i *mundi.* »

[2] Le chapitre LXIV est presque verbalement reproduit de l'*A. L. G: g.*, 25 (voir p. 87, note 1).

[3] La *N. L. C. N.*, S. H. (V), 13, pr. et la *N. L. V. N.*, S. H., 13, pr., sont des reproductions presque verbales de l'*A. L. G: g.* (voir p. 87, note 11).

[4] Schlegel, *Om Morgengavens Oprindelse*, p. 216, admet cette dernière opinion.

[5] Chap. XXVI : ce qu'il y est dit du *mundr* est la reproduction verbale de l'*Ancienne Loi ecclésiastique de Borgarthing* (voir p. ib., note 1).

[6] *Loi de Scanie*, III, 17 : « Aflär man börn i lönd wither *the kunu ey är* « *hanum gift ällär gulfäst, tha är thät ey adulkonä börn* tho at han far « hana sidan mz loghum. än all the börn sidan wardär afläth hun är gift oc « gulfäst, tha ärä the adulkonä börn. » — Cf. *Lundske Stadsret*, 28-29, dans la *Samling af gamle danske Love*, de Kolderup-Rosenvinge, V, p. 54 : « Swa skal han oc *gulfeste* sik hösfru... dör hunn. Tha skal bondins rette « arwa nut *feste gul.* »

[7] Cf. Kofod-Ancher, *l. c.*, II, p. 200; — Thorlacius, *l. o.*, p. 188; — Schlegel, *Morgengavens Oprindelse*, II, p. 218; — Engelstoft, *l. c.*, p. 151; — Kolderup-Rosenvinge, *d. Retshistorie*, I, p. 152.

pour la future épouse[1], compris dans les formalités obligatoires du mariage légal. La somme fixée par le prétendant n'apparaît pas, si l'on en excepte la Loi de Vestrogothie, sous le nom de *mundr* dans nos lois provinciales ; mais il est impossible de méconnaître dans ces lois les traces de ce que nos pères entendaient par le mot susdit. La Loi de Vestrogothie mentionne, d'un côté, un don d'amitié (*vingæf*[2]) au *sponsor* de la fiancée, comme gage du sérieux de la demande en mariage, et comme preuve de l'affection du fiancé[4], de l'autre, un *Morgengabe* (*morghongiæf*[5], *hindradagsgiæf*[6]), donné à l'épouse même, à titre de témoignage honorifique, après la première cohabitation. Ces dons, stipulés dans la convention des fiançailles, se délivraient le soir des noces (*giptær qvælder*); mais le droit de propriété n'en paraît avoir été transmis au *sponsor* et à la femme que du moment et par le fait même de la consommation du mariage — par la première cohabitation[7].

L'expression, que la femme a été épousée par *mundr* (*maeþ mund*), c'est-à-dire après que le *mundr* a été promis et payé, ou, comme il est dit encore, *mundigipt*[8], paraît indiquer, dans la Loi

[1] *A. L. V.*, S. M. 1, pr.; *N. L. V.*, S. M., 2 : « Bondæ sun vil ser kono « biþiæ... *skal til fæiær sæghiæ* næmpnæ iorþ æn til ær. Næmpnæ man. « Næmpnæ quicfæ *þet er giuæ uil*, etc. » S. M., 1 : « Þa skal konnoger... « *mund* giua. »

[2] *A. L. V.*, S. M., 2 : « Prear markæ skal lagha vingœf uaræ. Þager firi « fæst ær skilt ok handum saman takit. Þa ær tilgævær allær intær *æn* « *vingævær* eigh fyr æn þer komæ bæþi a en bulstær ok undir ena bleo. » Cf. *N. L. V.*, S. M., 2, 3.

[3] *N. L. V.*, S. M., 2 : « Ær eig son, faþer æller broþer. *Þa taki arwi win-* « *giæf.* » Cf. *N. L. V.*, S. de l'homicide, 11, addit. 56.

[4] Si quelqu'un, après avoir abusé d'une femme fille (*lŏska kona*), se fiançait ensuite avec elle et lui promettait un *don d'amitié* (*mælir vin-giæf*), l'affront fait à la femme et sa famille était censé réparé ; cf. *N. L. V.*, S. M., 9.

[5] *N. L. V.*, S. M., 2 : « Alt Þet sum gips at *hindrædax* a fæstnæ þa « stempnu ok lysis a giptær qvelde. Þet ær alt fult fang jorþær... ok eig « annath *fyr æn þer koma baþin a en bulster æller a enæ ble.* Skiliæs þe a « siþan firi nokræ fallæ sakir. *Haui hon morghinn giœf sinæ.* »

[6] *A. L. V.*, S. S., 5, 25; S. M., 4, pr., 1, 2, etc.; *N. L. V.*, S. S., 7, 35; S. M., 3, 16.

[7] Voir note 5.

[8] *A. L. V.*, S. S., 7 : « En bonde giptir dotur sinæ *mæþ mund* ok mæþ « mælæ (cf. *N. L. V.*, S. S., 10); — 8 : Gangær mæþr fran kono sinni

de Westrogothie, qu'elle est légalement mariée (« *at hun var sva gyft sum lægh sighiæ* »)[1]. Nous avons déjà vu que, dans la Grágás et les Lois norwégiennes, l'expression *kona mundi keypt* indique la femme légitime[2]. La preuve que la Loi de Vestrogothie voyait

« *mungiptri* (*N. L. V.*, S. S., 11 : *laghgiptri*) i siang annarrar kono aflar « barn þat ér *horbarn*. Takær eig. At lægmæli fæþærni sit, etc. — Lægz « maþer viþ kono giætær vid barn... far han hana siþæn mæþ *mund* ok « mæd mæli. Gæter ok barn. *Þæt ær aþalkonobarn.* »

[1] *A. L. V.*, S. S., 7. — La femme légitime est nommée *mundgipt* dans cette loi, et *laghgipt* dans l'endroit correspondant de la nouvelle loi ; voir note précédente.

[2] Le Glossaire de la *L. V.* rend, à la formule « Gifta dottur sina, fa « konu *mæd mund*, » le mot *munder* par *hemföljd* (dot). Quoique l'on ne puisse nier que le *mundr* n'ait aussi la signification de *dot* (suéd. *hemföljd*, isl. *heimanmundr*, *meyarmundr*), nous ne pouvons toutefois admettre que le *mundr* de la *L. V.* soit une dot constituée à la femme par ses parents. Voici pourquoi : si même la dot a été d'un usage général dans le Nord, on ne voit nulle part qu'elle ait été considérée comme une condition tout aussi essentielle du mariage légal que le don mentionné ci-dessus du fiancé à la fiancée. La *L. V.* ne diffère pas, à cet égard, des autres lois scandinaves. Aussi, lorsque la formule *mariée par mundr* (*mundigipt*) est appliquée à la femme mariée légalement (*laghgipt*), cette formule ne veut pas exprimer que le caractère d'une union légale est le fait d'une dot quelconque qui a suivi la femme de la maison paternelle. Les premiers chapitres (*flockar*) de la Section des mariages énumèrent les formes légales que l'on doit observer dans les fiançailles ; ils parlent de la stipulation d'un don d'amitié (*vingæf*), de la promesse d'un *Morgengabe* (*morgonghiæf*), mais ne font pas la moindre mention d'une dot.

Nordström, *l. c.*, II, p. 29, pense que les termes « gipt meþ *mund*, » « *mundigipt*, » signifient « que la femme a été placée, par la formule du mariage, sous le *mund*, c'est-à-dire la puissance, la tutelle du mari. » Cette interprétation ne nous paraît pas admissible. Il est vrai que le mot *mund* (non *mundr*) a, dans la langue islandaise, le sens de *manus, potestas*. Mais ni les autres lois coutumières suédoises, ni les lois islandaises, ni les vieilles lois norwégiennes, n'emploient le mot *mund* pour désigner la puissance ou la tutelle du mari sur sa femme. Ces lois disent la femme « être *i varþnad bonda sins* » (sous la garde de son mari) et non « sous « son *mund*. » Il n'est donc guère probable que la Loi de Vestrogothie ait donné à ce mot une signification qu'il n'a pas dans toutes les autres lois du Nord. L'on remarquera, en outre, à l'égard des termes suédois actuels *myndighet*, *förmynderskap*, qu'on les peut faire descendre du *mundium* et des termes allemands analogues du moyen âge, tout aussi bien que du *mund* (*manus, potestas*) des Islandais.

Ainsi lorsque, chez les anciens Scandinaves, le *mundr* était l'une des conditions obligatoires du mariage légal ; lorsque non-seulement la *Grágás*,

aussi dans ce don l'une des conditions obligatoires du mariage légal, découle du fait que cette loi déclare, en conformité avec la Grágás et les lois norwégiennes, les enfants de l'union dans laquelle la femme a été épousée par *mundr* (*mundigipt*) comme légitimes (*aþalkono-barn*) et habiles à hériter (*ok þy æghu barn ærf at lægmæli*).

Les lois d'Ostrogothie et d'Upland, ainsi que la nouvelle Loi de Vestmanland, mentionnent aussi l'usage de dons faits par le prétendant au *sponsor* pour la ratification de la convention des fiançailles[1]. Ces dons portent les noms de *fæstnada fæ, fæstninga fæ* (argent des fiançailles)[2] dans les lois susdites, qui, toutefois, ne leur accordent qu'une importance secondaire.

Enfin, l'on doit encore ajouter, aux conditions extérieures du mariage légal dans les temps les plus reculés, la tradition solennelle de la fiancée au fiancé[3]. L'acte nuptial est nommé dans la Grágás tantôt *brudlaup*, tantôt *brudkaup*[4], et la manière dont la célébration en devait avoir lieu pour lui conférer force de loi, est décrite dans l'*Arfa-Þattr* (Section des successions), 3. Le *sponsor*, assisté de six témoins (nombre minimum), remettait la fiancée à l'époux ; ensuite ces deux derniers allaient se coucher

mais encore toutes les lois norwégiennes désignent, par l'expression de *kona mundi keypt*, la femme mariée en noces légitimes, les formules « kona « gipt meþ *mund* » ou « *mundigipt*, » désignent de même, selon nous, une femme mariée par constitution et payement du *mundr*, ou, en d'autres termes, *une femme légitime*. Le *mæli* de la formule *gipta meþ mund ok mæli*, nous paraît être le *mali* des Islandais, i. e. *bona uxori constituta* (*per pactum nuptiale*) ; Cf. cependant le Glossaire.

[1] La *L. O.* mentionne le *vingœf* dans : *Vap.*, 14, 1 ; S. M., 10, 2 ; 26 ; 27. On retrouve encore le *vingœf* dans l'*A. L. V: d.*, S. M., 11, 4.

[2] *L. U.*, S. S., pr. 1, 3. — *N. L. V: d.*, S. S., 1: 1, 3. — Mais les lois de *Sudermanie* et de *Helsingland* ne font aucune mention d'un don au *sponsor*.

[3] Voir, quant à la *Grágás*, Finsen, *l. c.*, p. 236 et suiv.

[4] H. Järta, *l. c.*, p. 256, note 67 : « Märkligt är att uti Grágás, Fästa- « Þatter, cap. XII, gifves benämningen af bruþkaup åt giftermålshandlingen « emellan utfattiga personer, dem äktenskap var förbudet ; hvaremot den « emellan personer af nödig förmögenhet eller af rikedom kallas i det « följande kapitlet *brullaup*. » Nous n'avons pu trouver des preuves entièrement convaincantes d'une différence de cette portée entre *bruþkaup* et *brullaup*. Le chapitre suivant (XIII) de la *Grágás* emploie déjà indifféremment ces deux mots. Pour l'étymologie de *brullaup*, voir Grimm, *l. c.*, p. 434, et Finsen, *l. c.*, p. 237, note.

dans un même lit en présence de tous les assistants (*iljósi*, à la lumière, publiquement)[1]. Il était ordinaire que les parents des conjoints fussent à la même occasion rassemblés en un grand banquet. La publicité étant, pour servir de preuve future, de rigueur dans toutes les transactions importantes, elle se retrouve dans toutes les formalités en usage dans la célébration du mariage. Les anciennes lois norwégiennes sont d'accord avec la Grágás dans la disposition que les témoins (*brudmen* et *brukonor* de l'ancienne Loi de Gulathing[2], *giftar vithni* de l'Anc. Dr. Ecclés. de Borgarthing[3], *brullaups vitni*, *olldrhus vitni* de la nouvelle Loi des campagnes, S. S., V, 4[4]), fussent présents à la tradition de la fiancée et à l'entrée publique des conjoints dans le lit nuptial[5]. L'ancienne Loi des villes (Bjarkö-Ret), 132, paraît exiger de même un minimum de six témoins, savoir : deux *brudmen*, deux *brudkonor*, le *gridmadr* et la *gridkona*.

Certaines formalités avaient également lieu en Suède[6], lorsque l'on allait chercher la fiancée dans la demeure paternelle pour la conduire au domicile conjugal, où les noces se célébraient ordinairement[7]; d'autres formalités accompagnaient la tradition de la fiancée par le *sponsor*, lequel énumérait dans un discours solennel (*giptarmál*[8]) les droits réciproques des époux dans les biens conjugaux ; mais ces droits ne paraissent être entrés en vigueur qu'après la première cohabitation.

[1] *Grágás*, l. c.

[2] Voir chap., LI et CXXIV.

[3] Voir chap. X.

[4] Voir S. S. (V), 4. — Cf. *N. D. E. de Borgarthing*, 25, 26.

[5] Cf. *A. L. G: g.*, 104. — Statut de l'archevêque Jon, de l'an 1280 (*Norges gamle love*, III, p. 231).

[6] Voir *A. L. V.*, S. M., 9, 1 ; — *N. L. V.*, S. M., 16 ; — *L. O.*, S. M., 9 ; — *L. U.*, S. S., 1 ; — *L. S: d.*, S. M., 2, 3 ; — *A. L. V: d.*, S. M., 1 ; — *N. L. V: d.*, S. S., 2 ; — *L. H.*, S. S., 2 ; — *L. G: d.*, 24 ; Cf. *L. V. Visby*, IV, I, 8-17.

[7] Le fiancé était tenu d'inviter aux noces ses parents jusqu'au troisième degré ; on trouve dans la *L. O.*, S. M., 8 ; 1, 2, la description des cérémonies usitées lorsqu'un cortége spécial (*brudskara*, troupe de la fiancée) allait chercher la fiancée.

[8] Voici, d'après la *L. U.*, S. S., 3, la formule de ce discours : « Til « heþær ok til husfru ok til siæng halfræ. Til lasæ. Ok nyklæ. Ok til laghæ « þriþiunx i allu han a j. lösörum. Ok han afflæ fa. Utæn gull ok hemæ « hion. Ok til allæn þæn ræt. Ær uplænsk lagh æru. Ok hin hælghi erik-

Les fiançailles (*fästning*) et la tradition solennelle de l'épouse (*gift*) sont, en règle générale, dans nos anciennes coutumes provinciales ainsi que dans les lois plus récentes des villes (stadslagar) et des campagnes (landslagar), les deux conditions essentielles du mariage légal. La bénédiction nuptiale (*vigsel*) ne remplaça que très-tard le *giptarmál* ou discours solennel du *sponsor ;* cette bénédiction exigée comme sanction du mariage légal, ne date que de la Loi ecclésiastique (*kyrko ordning*) de 1571[1].

Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer que, quoique la communauté des biens entre époux caractérise en général les lois d'origine *germanique*, elle ne paraît toutefois pas avoir appartenu aux plus anciennes coutumes légales des peuples germains. Si cette remarque est juste par rapport aux Germains méridionaux, elle ne peut être moins vraie à l'égard de ceux du Nord. Les Sagas islandaises nous ont laissé, sur la vie domestique des anciens Scandinaves, des descriptions dont la concordance contribue à les rendre dignes de foi. Ces descriptions montrent *le régime des biens entre les époux basé sur la convention* (*kaupmali*) *passée, lors des fiançailles, entre le sponsor de la femme et le prétendant.* On a vu plus haut que les objets ordinaires de cette convention étaient : 1° *Une dot* (*heimanferd, heimanfylyia*)[2] *constituée par le sponsor de l'épouse*, et accompagnant cette dernière au domicile conjugal[3]; 2° du côté du fiancé, *l'obligation de payer tant le mundr qu'une somme de son propre avoir, dans une certaine proportion avec la valeur de la dot*[4]. L'homme avait à la règle, pendant le mariage, l'administration de tous les biens conjugaux ; mais à sa dissolution, la dot retournait à la femme ou à

« ær kunungær gaff. j. nampn faþurs. Ok sons. Ok þæs hælghæ andæ. » — *N. L. V: d.*, S. S., 3; — *L. H.*, S. S., 3 ; — *L. C. C.*, S. M., 5 ; — *L. V.*, S. M., 5. — Une formule semblable se trouve dans la Loi civile des villes, du roi Hans (*Kon. Hans's alm. Stadsret*), chap. III (Kolderup-Rosenvinge, *Saml. af gamle Danske Love*, V, p. 532).

[1] Cf. Schlyter : *Jurid. Afhandl.*, I, p. 152-59.

[2] Pour l'*heimanfylgia*, voir plus haut.

[3] Schlegel, *Commentatio hist. et crit.*, p. CLVIII, note : « *Dos* quidem « non necessario requirebatur, sed nihilominus tantum non semper pro- « mittebatur. »

[4] Voir dans la *Saga de Niál*, chap. II, où il est décrit comment Hauskuldr demanda, au nom de son frère Rutr, Unnar, fille de Mordr Gygia, en mariage, et la manière dont se fit la stipulation de prestations réciproques.

sa famille, s'il n'y avait pas eu d'enfants. Ce régime excluait donc toute propriété commune entre les époux. Les Sagas montrent cependant que, *déjà de bonne heure, il fut d'usage de stipuler, par la convention des fiançailles* (*festa-kaupmale*), *que les époux mettraient leurs biens en commun*. Cela se nommait *leggia felag*. Cette dernière convention paraît avoir ordinairement eu lieu lorsque la richesse et les chances d'héritage étaient à peu près égales des deux côtés, ou que l'on pouvait présumer que les époux auraient des descendants. Si la communauté était stipulée à parts égales entre les époux ou leurs héritiers respectifs, elle prenait le nom de *helmingar felag*[1]. Mais elle pouvait aussi se stipuler avec la condition qu'à la dissolution du mariage, la veuve recevrait *un tiers*, et les héritiers du mari les *deux tiers* restants des biens communs. Cette espèce de communauté des biens paraît même être plus ancienne que l'*helmingar felag*. Ainsi l'on vit longtemps exister simultanément des conventions avec ou sans communauté des biens entre époux.

Nous allons maintenant chercher à montrer comment la communauté des biens, après avoir longtemps été d'une nature purement conventionnelle, fut peu à peu considérée comme uniquement fondée sur les dispositions de la loi.

CHAPITRE II.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS ISLANDAISES.

Les dispositions de la *Grágás* sur le régime des biens conjugaux, montrent que la communauté des biens n'était nullement considérée par elle comme la base de ce régime. Le *Festa-Þatter* (Section des mariages), 22, indique au contraire clairement que cette communauté dépendait, soit de la libre volonté des époux, soit du concours de certaines circonstances. Le mariage se concluait, d'après la Grágás, *avec* ou *sans communauté des biens*. Dans le premier cas, il se fondait sur une convention fixant l'étendue et la nature de la communauté. Mais il

[1] *Saga de Niál*, l. c., chap. II et XIII : « Sidan voro vird fe Hallgerdar, « ok skylldi Glúmr leggia i móti iafnmikit. Ok skylldi vera *helmingar felag* « med þeim ; » Cf. *Laxdœla Saga*, chap. XXXIV.

pouvait, dans les deux cas, naître, sous l'influence de circonstances spéciales, une communauté prévue par la loi, qui en avait déterminé les limites.

Dans les mariages *sans communauté des biens*, étaient regardés comme propres de la femme :

1° Sa dot (*heimanfylgia*),

2° Le *mundr*, qu'elle tenait de son mari en toute propriété[1]; et

3° Ce qu'elle pouvait acquérir à titre de succession, donation, etc.

Le mari paraît avoir eu, pendant le mariage, l'usufruit de la dot[2]; mais à la dissolution du mariage, la dot ou sa valeur retournait à la femme, à ses enfants ou à ses héritiers, ou encore, mais sans dédommagement pour l'usufruit, au donateur, si cette condition avait été stipulée lors de la convention des fiançailles[3]. Quant au *mundr* de la femme, lequel semble, comme nous l'avons dit plus haut, avoir constitué dans certains cas une contre-prestation pour l'usufruit de la dot, l'homme en avait, sans aucun doute, l'administration, quoique avec l'obligation d'en payer les revenus à la femme[4]. Mais, à la dissolution du mariage par décès ou par divorce, le *mundr* échéait en toute propriété à elle ou à ses héritiers[5]. Il paraît aussi que l'homme était tenu par la loi de payer à la femme la rente de son patrimoine et d'autres biens propres; c'était de ce revenu que la femme devait payer les frais de son entretien, ainsi que tous autres considérés comme à elle propres[6].

[1] Le Festa-Þ., 50, montre que la femme jouissait du *mundr* en pleine propriété : « Þar er hiu coma bæþi i eina sæing, at þa er kono heimill « *mundr sinn*, etc. » — Cf. chap. LI, où il lui est permis de faire saisir chez son mari le bien qui lui avait été promis à la convention des fiançailles. « Sem handsalat var i mund-malum. »

[2] Cf. Finsen, *l. c.*, p. 248.

[3] *Grágás*, Arfa-Þ., 2 : « Moþir a at taka af fe slict eptir dottir sina barn- « lausa, *sem hon hafi hana heiman görva*, oc sva mundinn avaxtalausan... « Nu hvergi maþr er gefr til *heimanfylgionnar, þa scal sa taca giöf þa* « *eptir hana barnlausa* och sva viþgiölldin, ef han lysir at festamalum eþr « at eigin-orþi. » Cf. *Arfa-Þ.*, 5; — *Festa-Þ.*, 17; — Kaupa-B., 9.

[4] *Grágás*, Festa-Þ., 50 : ... « Þa er kono heimill mundr sinn oc sva « *vextir af fe þvi öllo, er henni er mælt i mundarmalom.* »

[5] *Grágás*, Festa-Þ., 17 : « Ef karlmaþr veldr scilnaþinom, þa a hon « heimting til *mundar sins* oc heimanfylgio, etc.; » cf. Arfa-Þ., 2.

[6] *Grágás*, Festa-Þ., 23. Cf. Finsen, p. 253-257.

En opposition au mariage avec *mundr* et *heimanfylgia,* se trouvait l'union avec *communauté des biens* (*felag*). La communauté se fondait soit sur une convention, soit sur les dispositions de la loi; dans le premier cas, la convention pouvait se faire lors des fiançailles ou après la consommation du mariage [1]. Les époux avaient le droit de contracter une convention de ce genre (*at göra felag, at leggia fè sit saman*) dès qu'ils possédaient une fortune à peu près égale (*ef međ þeim er jafnmæli*); la convention avait force de loi, tant pour eux que pour leurs héritiers, aussi longtemps que vivaient les témoins des fiançailles, ou que les époux n'avaient pas de leur propre volonté modifié ou annulé ladite convention [2]. Cette communauté pouvait ou comprendre tous les biens des époux, et par conséquent les immeubles hérités (car la *Grágás,* différant en cela des autres lois scandinaves, ne fait pas de distinction entre les biens-fonds hérités et les acquêts) [3], ou seulement les biens meubles et surtout les instruments et les outils agricoles (*at eiga i bui*) [4]. Mais si, après le mariage, l'un des époux succédait à un héritage quelconque, il dépendait de lui, sans égard aux conditions de la convention, de s'en réserver les revenus, ou de le faire entrer dans les biens de la communauté. Dans ce dernier cas, à la dissolution de la communauté, les biens hérités retournaient à l'époux avant qu'il fût permis de procéder au partage [5]. La communauté revêtait trois formes différentes : elle était soit *en proportion des biens des conjoints* [6] (sem þau eiga fè til), soit *à lots*

[1] *Grágás*, Þesta-P., 22-23.

[2] La disposition principale de la *Grágás*, à l'égard de la communauté, se trouve dans le Festa-Þ., 22 : « Of hiona felag. Hiu II *eigo at göra felag* « *silt, ef þau vilia, ef meþ þeim er jafn mæli*, oc sva viþ erfingia þeirra. « Festamal eigo et *halda meþ hium, meþan festavatter lifa* oc *eigi ero* « *onnor mal a-gör.* » — Cf. Festa-Þ., 17.

[3] Cf. Finsen, *l. c.*, p. 155.

[4] *Grágás*, Festa-Þ., 21 : « Eigi er kono scylt at *eiga* i *bui* nema hon vili. « En ef hon a i bui meþ hanom, etc... » Chap. XXIII.

[5] *Grágás*, Festa-Þ., 17 : « Er erfþir hafa comit under þau, meþan samför þeirra var, oc a þat þeirra *jammarga aura at taca af feno at af-nami* « *sem erfþin* tömþiz, *en bæþi scolo þau vaxta hafa neyt, nema annan veg* « *hafi mælt verit i felags-gerþ þeirra.* Þat þeirra er erfþ tömþiz a cost *at* « *lata erfþafe, eigi coma i felag þeirra ok taka sialft voxto af.* »

[6] C'est ce que prouvent plusieurs passages de la *Grágás :* Festa-Þ., 17 : « Slican costnaþ scal huart þeirra hafva fyrir omögom sinom *sem fe a*

égaux, soit encore *aux deux tiers*[1] *pour le mari et au tiers pour la femme*[2]. Les dettes et les autres obligations communes des époux suivaient naturellement les mêmes proportions[3].

La communauté des biens, déterminée par la loi, avait lieu :

1° Quand les témoins à la convention des fiançailles étaient morts ou ne se rappelaient plus les conditions stipulées; il fallait toutefois que les conjoints eussent vécu (*habité, buit*) trois ans ensemble, et que l'homme eût possédé à son entrée en mariage, et déduction faite du *mundr*, une fortune d'au moins un marc[4];

2° Quand les époux, manquant de fortune à leur entrée en mariage, en avaient acquis par la suite (*ef þau œxla fe ór öreigd*[5]); ou aussi

3° Quand *l'un* des conjoints avait seul des biens propres, mais que l'autre avait amélioré la situation commune par une bonne économie[6].

Dans ce régime de communauté, la loi reconnaissait à

« *til* oc sva um heimangerþir dötra sinna. »— Kaupa-B., chap. IX : Nu hafþo « þau fe sitt sammanlagt, þa scal hon gegna sculdom öllum *at þeim luta* « *sem hon alti i fe viþ hann.* » Cf. Finsen, *l. c.*, p. 244.

[1] M. Nordström paraît admettre dans sa *Sv. Samhällsforfattningens Historia*, II, p. 50, que la communauté conventionnelle *à lots égaux* pouvait, d'après la *Grágás*, se stipuler par un *pactum antenuptiale*. Mais le Festa-Þ., 23, montre que la communauté des biens entre époux pouvait se conclure même pendant le mariage.

L'opinion soutenue par cet illustre auteur, que la communauté conventionnelle était toujours *à lots égaux*, est réfutée par plusieurs endroits de la *Grágás*, lesquels montrent péremptoirement que les parts respectives des époux dépendaient de la convention.

[2] Schlegel admet, dans sa *Comment. hist. et crit.*, p. CXX, que la communauté conventionnelle conférait, en règle générale, au mari une part *double* de celle de la femme. Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, p. 158, accepte la même opinion, en ajoutant que c'était *toujours* le cas. Mais cela ne nous paraît pas plus probable que l'opinion de M. Nordström (voir note 1).

[3] Cf. note 6, p. 97.

[4] *Grágás*. Festa-Þ.. 22 : « En *ef festavattar lifa eigi*, þeir er þau muni, « *þa leggia lög fe þeirra saman, ef hann atti mörk* eþr meira fe, þa er « samgangr þeirra var, oc mundr var goldinn, *ef þau hafa buit III vetr eþr lengr.* »

[5] *Grágás*, l. c.

[6] *Grágás*, Festa-Þ., 23 : « *Ef annat þeirra a fe* en annat er felaust, oc « se þat þeirra þeim mun meiri *umsyslo-maþr um fe þeirra oc hag*, oc « *leggia þa laug fe þeirra saman.* »

l'homme les *deux tiers*, et le *tiers* à la femme [1]. Il est probable que, dès qu'il y avait communauté des biens entre époux par suite d'une convention ou en vertu des dispositions de la loi, le *mundr* et l'*heimanfylgia* entraient dans la masse commune; mais la *Grágás* ne contient pas de règles spéciales à cet égard [2].

Le droit islandais, tel que le reproduit le code connu sous le nom de *Jonsbok* [3], étant en général conforme à la Loi de Gulathing de Magnus Lagabæter, dont nous parlerons bientôt, nous croyons inutile de donner ici les dispositions du *Jonsbok* sur le sujet qui nous occupe.

CHAPITRE III.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS NORWÉGIENNES [4].

Les anciennes lois de la Norwége nous montrent que, de même qu'en Islande, la communauté des biens entre époux n'était connue en Norwége qu'à titre d'exception. Ces lois prouvent avec pleine évidence que tous les biens des époux étaient généralement considérés comme les propres de l'un ou de l'autre des conjoints. Le régime des biens des époux se stipulait, comme nous l'avons vu pour l'Islande, avant le mariage. D'après l'ancienne Loi de Gulathing et celle de Frostathing, le prétendant devait fournir, outre le *mundr* [5] exigé pour l'obtention de la

[1] *Grágás*, Festa-Þ., 22 : « Oc *sva leggia lög fe hiona saman* jafnan, *at* « *hann a II aura*, en *hon þriðiung*.

[2] Cf. Finsen, *l. c.*, p. 260.

[3] Dès que l'Islande fut tombée, après l'an 1264, au pouvoir des rois de Norwége, la *Grágás* cessa d'avoir force de loi. Elle fut remplacé *ad interim* entre les années 1271 et 1281, par la loi dite *Járnsida* ou *Hákonárbok*. En 1281, le roi Erik, fils de Magnus Lagabæter, envoya en Islande, par le *lagman* (juge) *Jon*, une loi rédigée d'après la Nouvelle Loi de Gulathing, et qui reçut le nom de *Jonsbok* ou Livre de *Jon*. C'est encore la source principale du droit islandais actuel. Voir Sveinbjörnsson, *Historia Idrnsidæ*, p. V-XVIII, et Schlegel, *Comment. hist. et crit.*, p. CLI-LII.

[4] La courte exposition donnée par Gans, *l. c.*, IV, p. 560 et suiv., du régime des biens des époux d'après les anciennes lois norwégiennes, est, à plusieurs égards, incomplète et erronée; ce dernier défaut provient peut-être de ce que l'auteur a suivi la traduction danoise incorrecte donnée par Paus des anciennes lois norwégiennes.

[5] Nommé parfois aussi *gjof* et *tilgjof* dans l'Ancienne Loi de Gulathing. Voir plus haut.



femme, et appartenant en propre à cette dernière[1], un don nommé dans la première loi *gagngjald*[2], et dans la seconde *þriðiungsauki*[3]. L'objet du *gagngjald* ou du *þriðiungsauki* était de constituer de la part du mari, en faveur de son épouse, une espèce de dédommagement pour la libre disposition et l'usufruit de la *dot* (*heimanfylgia*, *heimanferd*), ordinairement promise par le *sponsor* de la femme à la convention des fiançailles[4]. Les biens de la femme, y compris son *mundr* et sa *dot*, ainsi que tous les immeubles et meubles hérités par elle, étaient, à moins que l'on n'en eût décidé autrement dans la convention des fiançailles, sous l'administration exclusive du mari[5]. En vue des avantages qu'il retirait de l'usufruit de la dot de sa femme, il parut juste qu'il donnât un dédommagement ou une compensation. Ce dédommagement consistait dans le *gagngjald* ou *þriðiundsauki*, lequel se proportionnait à la grandeur de la dot[6], comme l'indique, du reste, la dénomination de *þriðiungs-*

[1] Voir les chapitres cités plus haut.

[2] Ne se rencontre que dans deux endroits, savoir aux chapitres LIV et CXV, ainsi que dans le texte correspondant de la *Iárnsida*, E, 19. — Le mot de *gagngjald* signifie au propre : *solutio contraria*, de *gagn* (*gegn*), contra, et *gjald*, solutio (voir Sveinbjörnsson, *Glossaire de la Iarnsida*). — Thorlacius, *l. c.*, p. 205, fait, par contre, venir ce mot de *gagn*, *utilitas*. Mais cette étymologie ne nous semble pas admissible.

[3] Se trouve dans III, 6, 17, 22; IX, 19; XI, 4, 8, et 14-16, ainsi que dans le texte correspondant de l'*A. L. V. N.*, 70, 105 et 123, et désigne littéralement une *augmentation d'un tiers*. Thorlacius, *l. c.*, p. 209, interprète ce mot de la sorte que le *þriðiungsauki* augmentait la dot de 50 pour 100, « f. ex. naar Hiemgivten var 60 Rdlr, blef Tilgaven 30 Rdlr. » Il serait peut-être plus juste de ne porter cette augmentation qu'à 33 1|3 pour 100 du montant effectif de la dot. — Munch, *Det norske Folks Historie*, III, p. 973, admet que le « Tredingsauke » est un *tiers* de « hvad der var « erhvervet i Fælleskab efter Giftermaalet, » mais cette opinion nous paraît inadmissible.

[4] La circonstance que cette prestation du mari constituait un *dédommagement* de cette nature, nous paraît s'appuyer principalement sur le chapitre CXXVIII de l'*A. L. V. N.* : « Ef maðr giptir dóttur sina eða konu þà « er hann gipta skal. Þa skal hinn er eiga skal festa henni *þriðiungsauka* « *á móti heimanfylgiu hennar*; » cf. *L. F.*, IX, 19.

[5] *A. L. G.*, 54 : *Raða scal han fe* þeirra otto til þarva þeim. — *L. F.*, XI, 5; cf. *Járnsida*, K. G., 2; Dr. eccl. de la *N. L. G.*, 28.

[6] Il paraît probable que l'*A. L. G: g.*, laissait aux parties contractantes la liberté de fixer elles-mêmes la proportion entre le *gagngjald* et l'*heimanfylgia*; cette proportion était par contre déterminée par la *L. F.*

auki[1]. La femme ne possédait toutefois qu'un droit éventuel à ce dédommagement : c'était seulement lorsque la dissolution du mariage avait pour cause le décès du mari, que la veuve était autorisée à retirer de la communauté le *gagngjald* stipulé ou le *þriđiungsauki* fixé par la loi[2], ainsi que son *mundr*[3] et sa dot. Elle avait le même droit lorsque le mari était la cause du divorce[4]. Tout ce qui lui revenait de cette manière, le *mundr*, l'*heimanfylgia* et le *gagngjald*, est nommé, dans l'ancienne Loi de Gulathing, le *mali* (biens stipulés) de la femme[5]. Mais si le mari administrait simultanément des biens de mineurs, ces biens étaient privilégiés sur ceux de la femme, dans le cas où la for-

[1] *A. L. G: g.*, 54 : « *Mynda* scal meyar fe allt oc koma eyrir eyri i gegn. « en ekiu fe halft. » Paus, *Saml. af gamle Norske Love*, I, p. 70, traduit ce paragraphe de la manière suivante : « *Iomfrue* skal have saa stor Til- « givt som alt det Gods hun bringer ind til Manden, beløber sig til, og « skal der komme Öre mod Öre. Men Enke skal have saa megen *Tilgivt*, « som halvt det Gods, hun indbringer. » Il nous paraît improbable que, d'après cette loi, le *gangnjald* d'une fille fût égal au montant de la dot, mais que celui de la veuve s'élevât à la moitié de ses apports dans la masse commune. Nous ne pouvons comprendre pourquoi le *gagngjald* aurait été plus grand dans un cas que dans l'autre. — Thorlacius, *l. c.*, p. 206-7, donne à ce texte l'interprétation suivante : « Naar en Iomfrue blev givt og « siden döde fra Manden, skulde hendes ganske Formue deles til Arv « i Hovedlodder imellem hendes Mand og fælles Born, saaledes at Öre « blev lignet mod Öre. Men naar en Enke derimod blev givt, skulde kun « hennes halve Formue gaae til Deling imellem Manden og fælles Born. » Mais cette interprétation, qui s'appuie principalement sur la supposition que le *myndia* de l'*A. L. G.* a la même signification que dans la Loi de Scanie et la Loi de Sélande, dite d'Eric, nous paraît encore plus inadmissible que la traduction donnée par Paus.

[2] *A. L. G.*, 54, et *L. F.*, IX, 19.

[3] *A. L. G.*, 54 : « Nu scal *giof kono heimil vera* er til hennar var geven. « Hverr sem skilnaðr þeirra verðr. » *Giof* a sans doute ici la signification de *mundr* ; voir plus haut. — Sveinbjörnsson, *Járnsida*, K. G., 2, paraît admettre, par contre, que ce mot n'est autre que le *tilgjöf* (augmentation de dot). Cf. Dr. eccl. de la *N. L. G.*, 28.

[4] *A. L. G.*, 54. — *L. F.*, III, 6 ; cf. *Loi eccl. du roi Sverrer*, 61.

[5] Ce mot ne se retrouve avec cette signification que dans un seul endroit de l'*A. L. G.*, savoir le chapitre cxv, et dans le texte correspondant de la *Járnsida*, Et., 19. — « *Mali*, m. = quicquid constituitur, stipulatio, « pactum ; *mali konu* = bona uxori constituta (per pactum antenuptiale); » voir *Glossar. ad Járnsidam*. — Thorlacius, *l. c.*, p. 194 et suiv., pense que le *mali* signifie tout simplement la dot (*heimanfylgia*) de la femme ; mais c'est évidemment une erreur.

tune du mari ne répondait pas à ses obligations. La femme devait alors renoncer au *mundr* (*gjof*) et à l'augmentation de dot (*gagngjald, þriðiungsauki*). A cette exception près, la veuve avait le même droit que les autres créanciers de la masse, avec lesquels, toutefois, elle devait supporter une diminution de son *mali*, au prorata des créances respectives de tous les créanciers. Mais si, par contre, le mari avait des dettes avant le mariage, la veuve perdait toujours, dans le cas d'insolvabilité du mari, son *mundr* et probablement aussi son *gagngjald*, car, disait la loi, personne ne doit acquérir une femme avec les biens d'un tiers[1]. La femme mourait-elle *avant* le mari sans avoir laissé d'enfants, d'après l'ancienne Loi de Gulathing, celui-ci ne devait pas rendre aux héritiers de son épouse le *gagngjald*[2], mais seulement le *mundr* et l'*heimanfylgia*[3]. D'après la Loi de Frosta-

[1] *A. L. G*: *g.*, 115 : « Nuer þar umaga eyrir i garde. Oc *mali kono*. Þa er « vel ef þeim vinnzt badom fe. En ef eigi vinnzt. Þa scal hon *þarnasc* « *gagngiallz* oc *giavar*. En ef eigi endesc i alla stade fe. Þa scal sa mest « þarnasc er mest atte fe at hanom. Sva kona hanns sem adrer skull- « dunautar. Tolu scal til þess hava. Nema madr ætte ved i einum hve- « rium grip. Þa scal hann þan fyrst hava. *Helldr scal kona þarnasc tilgiavar* « *sinnar*. Helldr en þeir menn er fyrr atto at hanom en hann fengi hennar. « Firi þvi at *engi scal sér kono kaupa vid annars fe*. » Il n'est pas improbable qu'ici le *tilgjof* comprend non-seulement le *mundr*, mais encore le *gagngjald*.

[2] *A. L. G*: *g.*, 54 : « *Mynding* scal vid ollum lutum heimil væra. Nema vid « tveim einum. Ef hon deyr *barnlaus*. *Æda* gengr fra hanom *foryfta* « *laust*. » — Le mot *mynding* a sans doute la même signification que *gagngjald*, vu qu'il est dit du *mynding* ce qui est dit ailleurs du *gagngjald*, ou du *þriðiungsauki*, savoir : que la femme le perd, si elle meurt *avant* son mari ou si, dans le cas de divorce, elle en est la cause. — Paus, *Saml. af gamle Norske Love*, I, p. 70, traduit *mynding* par « *Tilgift*. » Thorlacius, *l. c.*, p. 207, dit que le *mynding* est *le droit de succession du mari aux biens de sa femme*, opinion pour laquelle il se fonde sur la *Loi de Scanie*, I, 23, et la *Loi de Sélande du roi Eric*, I, 12. Mais ces lois ne prouvent rien à cet égard; car les lois norwégiennes ne font aucune mention d'un pareil droit de succession. — Thorlacius, *l. c.*, rend le mot *foryftalaust* par « *uforsörget* (uden andres Forsvar); » mais Paus, *l. c.*, par « *uden given* « *Aarsag*. » Cette dernière version nous paraît la plus correcte, car « *foryftalaust* » est sans aucun doute le *forurtalaust*, *sine caussa sufficienti*, de la *Grágás*; voir *Festa-P.*, 15, et *Gloss. ad Grágás*. Cf. Finsen, p. 249.

[3] Pour le cas où la femme mourait en couches, voir *A. L. G.*, 104. Le *tilgjof* mentionné ici est, sans aucun doute, la même chose que le *mundr*; voir plus haut. — Cf. *L. F.*, XI, 6.

ting et l'ancienne Loi des villes (*Bjarkö Ret*), le *priđiungsauki* paraît avoir cessé dès que la femme mourait la première, sans égard à la circonstance qu'elle eût ou non laissé des enfants [1]. Mais si elle avait occasionné la dissolution du mariage par adultère ou sans cause déterminée par la loi, elle perdait non-seulement le *priđiungsauki*, mais encore le *mundr* [2].

Nous avons dit plus haut que *le régime de la communauté des biens entre époux* (FELAG) *pouvait avoir lieu soit par suite d'une convention, soit en vertu des dispositions de la loi.* Si la communauté était conventionnelle, la convention pouvait, d'après l'ancienne Loi de Gulathing, précéder ou suivre la consommation du mariage. Mais, afin de protéger les droits de succession des familles respectives, la loi prescrivait certaines conditions ayant pour objet la conservation des terres patrimoniales (*odelsjord*) dans la famille. Ainsi, lorsque l'on épousait une fille, le consentement des héritiers des deux conjoints était obligatoire pour la validité de la communauté des biens stipulée [3]. Le mariage avait-il lieu avec une veuve ayant chez elle des enfants mineurs du premier lit, habiles à succéder à leur père défunt, il fallait, pour que la convention de la communauté fût valide, que les parents paternels les plus proches des enfants fissent premièrement l'évaluation de la fortune du futur, et se convainquissent qu'elle était supérieure et non inférieure à celle de la femme; puis ils déterminaient le régime de la communauté des biens entre les époux au prorata de leurs apports, tant mobiliers qu'immobiliers [4]. Pour recevoir force de loi, les

[1] *L. F.*, IX, 19. Cf. le texte correspondant de l'*A. L. V. N.*, chap. CV et CXXIII.

[2] *L. F.*, XI, 14. — Cf. III, 22; *Loi eccl. du roi Sverrer*, 70, et le texte correspondant de la *Járnsida*, K. G., 5. Dans la traduction, ainsi que dans la note au chapitre I, Sveinþjörnsson donne au *mundr* la signification de *dos profectitia* (= *heimanfylgia*), mais nous n'avons pas trouvé de raison valable pour cette supposition.

[3] *A. L. G* : *g.*, 53 : « Nu fær madr meyar. Eigi megu þau *leggia felag* sin « imillum. Nema *þeir menn iatte er til arfs þeirra standa.* » Cf. *Járnsida*, K. G., 2; L. E. de la *N. L. G.*, 28.

[4] *A. L. G*: *g.*, 53 : « Nu fær madr *eckiu* oc a hon börn til arfs sins. Oc « ero þau i umegd. Oc vill hann þo leggia felag vid hana at hvaro. Þa scal « gera stefnu til hofudbarms monnonom barnanna. Oc *leggia felag þeirra* « *saman. At flar magne.* Leggia iord iordu i gegn. En eyri eyri i gegn. Oc « meta fong hans at þau ero meiri en hennar fong se.» Cf. *Járnsida*, K. G.,

conventions de ce genre devaient être publiées devant l'assemblée du peuple au *thing*[1]. Ces formalités remplies, la communauté conventionnelle ne pouvait être annulée pour quelque cause que ce fût; mais si elle avait été stipulée d'une autre façon, les parents des deux époux pouvaient, dans le temps et terme de vingt ans, en exiger l'annulation à l'assemblée au *thing*[2][3]. Dès que des enfants étaient nés aux époux, il leur était permis de déterminer librement, et sans l'intervention d'autres héritiers ou parents, l'étendue et la nature de ce qui devait être considéré comme appartenant à la communauté[4]. Dans ce cas aussi, la part de chacun des conjoints était sans doute basée sur leurs apports respectifs dans la masse commune.

La *communauté légale*[5] entrait en vigueur (þa leggia log *felag* þeirra saman) dans les cas suivants :

1° Lorsque les époux avaient vécu vingt ans ensemble, et qu'aucune convention préalable de communauté des biens n'avait eu lieu[6];

2; *Loi eccl.* de la *N. L. G: g.*, 28. Nous avons vu ailleurs que la *Loi des Wisigoths* fixait, d'après les mêmes bases, la part des époux dans les biens de la communauté.

[1] *A. L. G: g.*, 53 : « Hvervitna þess er hiun tvau *leggid felag sil saman.* « Þa scolo þau *lysa þvi i flolda manna.* »

[2] *A. L. G: g.*, 53 : « Nu ma þat eigi riuva ef sva er lagt. *En ef þau leggia* « *felag sitt annan veg saman. Þa ma þat riuva. Hvárt sem vill hans ervingi.* « *Æda hennar.* A þa lund at fara a þing fram fyrr. En þau have veret XX « vetr. saman. Oc segia i sundr þvi plage; » Cf. *Járnsida*, l. c., *L. E.* de la *N. L. G.*, l. c.

[3] Toutes ces dispositions avaient évidemment pour objet la conservation de la terre et surtout de la terre patrimoniale dans la famille, en faveur des générations futures.

[4] *A. L. G: g.*, 53 : « En ef þau *ala born* til arfs sins. Þa megu þau *leggia* « *felag sin imellom slict sem þau uilia;* » Cf. *Dr. eccl.* de l'*A. L. G: g.*, 28.

[5] Nordström, *l. c.*, II, p. 51, sans doute induit, comme Schlegel (Astraea, II, p. 215), en erreur par la traduction incorrecte que Paus a donnée des lois norwégiennes, dit que : « De *Norska lagarna åter* (en opposition avec « la *Grágás*) *antaga ej någon legal egendomsgemensamhet*, utan låta den « ankomma på öfverenskommelse. » Nous allons voir cependant que même les plus anciennes lois norwégiennes reconnaissaient une communauté *légale* des biens entre époux.

[6] *A. L. G: g.*, 53 : « *Nu ero hiun tvau saman XX vetr æda XX vetrum* « *lengr. Þa leggia log felag þeirra saman.* Ef eigi var fyrr lagt; » cf. *Dr. eccl.* de la *N. L. G.*, 28. Paus, *l. c.*, p. 70, s'est complètement trompé sur

2° Lorsqu'une convention avait eu lieu sans que les clauses en eussent été, en conformité aux dispositions de la loi, publiées dans le temps et terme de vingt ans[1];

3° Lorsque deux esclaves libérés contractaient mariage[2];

4° Lorsque le mari avait, durant l'espace de vingt ans, vécu en concubinat public avec sa femme[3].

Dans tous ces cas, le mari avait droit aux deux tiers et la femme au tiers restant des biens de la communauté[4].

Les dispositions de la Loi de Frostathing semblent indiquer qu'à la règle, les mariages se concluaient avec la stipulation du *mundr* et du *þriđiungsauki* de la part du mari, et de l'*heimanfylgia* de la part du *sponsor* de la femme[5]. Quoique cette loi ne fasse pas mention de la communauté conventionnelle des biens, on peut néanmoins présumer qu'elle était permise, en comparant les dispositions des autres lois norwégiennes à cet égard. Il y est toutefois parlé d'une communauté légale qui entrait en vigueur dès que les conjoints avaient vécu l'an et jour ensemble, et que des dispositions différentes n'avaient pas été stipulées avant l'expiration de ce terme. Mais cette communauté des biens ne paraît avoir concerné que les biens meubles, comme le mobilier et les instruments agricoles[6]. Une communauté semblable pouvait aussi naître du fait que deux personnes, qui étaient pauvres au temps de leur entrée en mariage, avaient encore acquis des biens; mais alors la com-

le sens de la dernière phrase, en la traduisant par : « *Da maae de dog* « *legge deres Gods sammen. om det ikke var lagt tilforn.* »

[1] *A. L. G* : *g.*, 53 : « En þo at þat være lagt oc er eigi lyst a XX vetrum. « Þa er sem ulagt se. »

[2] *A. L. G* : *g.*, 64 : « Nu frælsasc þau þræll oc ambótt. Oc bua bæde saman. « *Þa oexla þau hanom tva luti ſtar en henne þriđiung.* »

[3] *A. L. G* : *g.*, 125 : « Ef madr *byr vid fridlu sinni XX vetr.* æda XX « vetrum lengr. Gengr i liose i hvilu hennar... Oc *leggia log felag þeirra.* »

[4] *A. L. G* : *g.*, 53 : « *Þa leggia log felag þeirra saman... Þa a hon þriđiung* « *i fe en hann tva luti.* »

[5] *L. F.*, XI, 2-5.

[6] *L. F.*, XI, 6 : « En ef cona missir búanda sins. Oc hafi þau XII mánadi « saman verit. *Þá á cona þriđiung i bai oc i lausum aurum ollum* oc clædi « sin at fornadi. » — XI, 8 : « Ef madr gengr i bú med eckiu eda med « meya. *Þá á hann þó ecki i buinnu fyrr en þau hafa XII mánadi saman* « *verit. Þa leggia log fe þeirra saman.*

munauté comprenait aussi les immeubles[1]. Au partage, l'homme recevait les deux tiers et la femme le tiers restant des biens de la masse commune[2].

La grande révision des lois, entreprise en 1274 par le roi Magnus Lagabæter, laissa intactes dans leurs parties essentielles les anciennes dispositions sur le régime des biens entre les époux. Ainsi la nouvelle Loi de Gulathing, ou nouvelle Loi des campagnes, établit, comme les lois mentionnées plus haut, que la communauté des biens n'existe qu'en vertu d'une convention spéciale[3], ou, exceptionnellement, par suite des dispositions de la loi pour certains cas particuliers. Nous avons donc à y considérer les cas suivants, savoir :

1° Le mariage *sans* communauté des biens;

2° Le mariage *avec* communauté conventionnelle;

3° Le mariage *avec* communauté légale.

Dans le mariage *sans* communauté des biens, il appartenait au *sponsor* de déterminer la dot (*heimanfylgia*) que recevrait la femme à titre d'avance sur son héritage futur[4], ainsi que la somme à constituer par le prétendant sur ses propres biens, comme dédommagement (*tilgjof*, augmentation) pour l'usufruit de la dot[5], dans le cas où l'épouse lui survivrait[6]. L'*heiman-*

[1] *L. F.*, l. c. : « En ef *öreigar* II. koma saman at lands lögum. Oc aucaz « þeim fe, *haft hann II. Luti en hon þridiung bædi i landi oc lausum eyri.* » Cf. *Járnsida*, K. G., 3.

[2] Même le *Dr. eccl. de l'Anc. L. B.*, 10, reconnait qu'il se forme une communauté *légale* de cette espèce, quand les époux ont vécu trente ans ensemble, et que les témoins au mariage sont tous morts : « Nu ef hiun hafa « *búit* 30 *vættra* eda þui lengr. Ero giftar vithni ol i fra daud hefir hon « radet lase ok loko at allum hibilum setet æftir aldre vid adrar hus- « proeyiar af allum hæitit æigin kona hans... Þa huerfr hon til *laga giftar* « *i gard manz þri deili af fe i lande ok lausum oeyri* ok til III marka « i *mundi.* » — La même disposition se retrouve dans le *Dr. eccl.* de la *N. L. B.*, 26.

[3] Cf. *Dr. eccl.* de la *N. L. B.*, 22 : « Nu ero þæir sattir at *hæiman fylgd* oc « sua at *fælags gjærd* þat skall þa handsælia oc skirskota undir vatta ; » cf. *Hertug Haakon Magnussöns st. Retterbod*, 1297, chap. II. — *Haakon Magnussöns Retterbod om Fællig.*

[4] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 1. — Cf. *N. L. V. N.*, V, 1, et le *Jonsbok*, K. G., 2.

[5] *N. L. C. N.*, S. S., (V), 1 : « En giptingar madr skal skilia *heimanfylgiu* « oc *tilgjof* firir frendkono sinni, *sua sem þeim kemr a samt.* — En enga « heimanfylgiu ma arfe giptingar mannz riufa þa er sua er gor sem nu er « mælt. » Cf. *N. L. V. N.*, V, 1, et *Jonsbok*, K. G., 1.

[6] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3 : « En ef hann missir hennar vid þa take arfar

fylgia et le *tilgjof* (quoiqu'elle n'eût, comme nous venons de le voir, qu'un droit éventuel à ce dernier), le *Morgengabe* (*gjof*) que l'homme lui avait donné, et enfin les biens hérités pendant le mariage, constituaient les propres de la femme. Le *tilgjof* de la nouvelle Loi des campagnes a la même signification que le *gagngjald* et le *þriđiungsauki* des anciennes Lois de Gulathing et de Frostathing; il désigne, comme ces deux termes, un dédommagement pour l'usufruit de l'*heimanfylgia*. Ce fait est prouvé par la disposition de la loi, statuant que les vêtements et objets de toilette de la femme ne peuvent s'élever à plus du tiers de la somme totale de la dot, dont le restant doit consister en biens que le mari puisse utiliser ou dont il soit à même de tirer des revenus [1]. La nouvelle Loi des campagnes autorisait encore, en conformité avec les anciennes lois norwégiennes, le mari à administrer sans autorisation spéciale les biens de la femme [2], quoique le consentement de l'épouse fût sans doute nécessaire pour la vente de ses immeubles [3]. A la dissolution du mariage par le décès du mari, la veuve retirait, comme auparavant, son *heimanfylgia* ainsi que son *tilgjof* [4], à moins, toutefois, que ce dernier n'eût été forfait par adultère [5]. Mais si les biens de la femme ne pouvaient être restitués qu'au préjudice de créanciers plus anciens, la veuve y perdait le *tilgjof* et sans aucun doute aussi le *gjof*. Les dettes que le mari avait contractées avant son mariage devaient être honorées en premier lieu,

« hennar heimanfylgiu en *tilgiof falle nidr.* » Cf. *N. L. V. N.*, V, 3; *Jonsbok*, K. G., 3, et *Retterbod Kon. Eriks* (III, p. 122).

[1] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 1 : « Eigi skal oc i klædum meira heiman gerazt « med kono en þridiungr. En þat sem giptingar madr gefr meira þat skal « vera i þeim lutum at *þat megi uera þeim til þarfa er kono far eda til « auinings;* » cf. *N. L. V. N.*, V, 1, et *Jonsbok*, K. G., 1 (*Retterb. Kon. Haakons*, p. 116).

[2] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3; cf. *N. L. V. N.*, V, et *Jonsbok*, K. G., 3.

[3] C'est ce que dit, du moins en termes explicites, le *Stora allm. Retterbod* du roi *Eric Magnusson*, 1280, chap. XXII.

[4] *N. L. C. N.*, S. S. (V), : 6 « En ef madr fær kono at landz lagum rettum « oc gefr mote henne tilgjof oc fellr hann sidan fra. *Þa skal lukazt henne « þing (tilgjof) sin oc heimanfylgia* af sialfs hans fe medan þat vinzt; » cf. *N. L. V. N.*, V, 6. — *L'ordonnance de* 1302 *du roi Haakon Magnusson*, montre qu'une reine douairière recevait aussi le *tilgjof;* mais elle n'en pouvait jouir que pour le temps de son *veuvage*.

[5] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 5; cf. *N. L. V. N.*, V, 5, et *Jonsbok*, K. G., 5.

la nouvelle Loi des campagnes déclarant, avec l'ancienne Loi de Gulathing, qu'il n'était permis à personne d'acquérir une femme avec les biens d'autrui[1]. Quant à sa dot et à tous ses autres biens propres, la femme paraît avoir été regardée, indépendamment de la date des créances, comme l'un des créanciers de la masse à titre égal et sans privilége. Les dispositions de la nouvelle loi étaient encore les mêmes que celles de l'ancienne Loi de Gulathing[2], lorsque des biens de mineurs se trouvaient mêlés dans la masse du défunt avec le *male*[3] de la veuve, c'est-à-dire son *tilgjof* (*gagngjald*) et son *heimanfylgia*. Si la femme mourait la première, le mari ne devait restituer aux héritiers de son épouse que sa dot et le morgengabe qui pouvait avoir été donné; quant au *tilgjof*, il le gardait[4].

Cependant, si les époux désiraient faire avant ou pendant le mariage un contrat de communauté des biens, la loi prescrivait certaines précautions dans le but d'empêcher une lésion des droits de succession des parents des deux conjoints. Il était permis aux époux de mettre en commun tous les biens qu'ils possédaient ou pouvaient hériter ou acquérir dans la suite; mais, dans tous les cas, celui des conjoints qui avait apporté le plus à la masse commune, ou ses héritiers, avaient le droit d'une restitution équivalente à l'excédant de sa mise sur celle de l'autre conjoint. Le reste se partageait ensuite par moitié, si les biens mis en commun avaient subi une diminution dans leur montant primitif; mais si le contraire avait eu lieu, l'homme recevait les deux tiers et la femme le tiers restant de l'augmentation. Tout contrat de communauté des biens entre époux, fondé sur d'autres conditions, était déclaré nul par la loi, même

[1] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 6 : « En ef þat vinzt eigi til. Þa skola erfingiar « ecki til leggia af sinu fe. Þui at engi skal ser kono kaupa med annars fe; » cf. *N. L. V. N.*, V, 6; *Jonsbok*, A., t. XIX, et *Loi norwégienne de Christian IV*, S. M., 6, 13.

[2] Le terme *Male kono* ne se trouve qu'une seule fois dans la *N. L. C. N.* savoir S. S. (V), 13. On le trouve, en outre, dans le texte correspondant de la *N. L. V. N.*, V, 13, ainsi que dans le *Jonsbok*, A., t. XIX.

[3] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 13. C'est une copie littérale du texte correspondant de l'*A. L. G.*, 115. Il en est de même des textes correspondants de la *N. L. V. N.*, V, 13, et du *Jonsbok*, A., t. XIX.

[4] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3. Voir plus haut, page 106, note 6.

si les héritiers n'y mettaient pas opposition[1]. L'*heimanfylgia* et le *tilgjof* étaient sans doute aussi compris dans la masse commune d'après cette forme de communauté conventionnelle, et la veuve n'avait, par conséquent, aucun droit à une compensation de leur valeur[2].

D'après la nouvelle Loi des campagnes, la communauté légale n'entrait en vigueur que dans un seul cas, savoir : celui où des époux, *pauvres* au temps de leur mariage, avaient par la suite acquis de la fortune. En pareil cas, le conjoint survivant recevait, à la dissolution du mariage par le décès de l'autre, les deux tiers des biens conjugaux, lorsqu'il devait les partager avec d'autres que ses propres enfants, mais autrement la moitié tant des meubles que des immeubles[3].

La *Loi norwégienne* (*Norske Lov*) du roi Christian IV, laquelle n'est en grande partie qu'une reproduction, en norwégien du dix-septième siècle, de la nouvelle Loi des campagnes, permettait aux époux de déterminer le régime de leurs biens de la même manière qu'auparavant. Toutefois, afin de protéger les droits des familles respectives, cette loi statuait que les biens-

[1] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 3 : « Engi kona a at synia bonda sinum felags. « En med þui mote megu þau felag leggia sinn i millum *at hvart leggi til* « *felagx allt þat er þa a eda eigande uerdr med erfdum oc adrum lutum*... « En *þat hinna er meira lagde til felags skal meira upp taka* eda þers erfin- « giar. *Sidan se skipt i helminga* þo at oeyst hafe. En *ef aflazt hefir. þa skal* « *kallmadr eda hans erfinge taka II. Luti* afla en kona þridiung. Þurfu þau « engan mann at þuisa felage at spyria. En ef þau leggia annan ueg. Þa « skal eigi halldazt þo at erfingi kunni eigi eda uili eigi. Þui at log riufa « þat felag. » Cf. *N. L. V. N.*, V, 3, et *Jonsbok*, K. G., 3. — Le *Retterbod om Fællig* du roi *Haakon Magnussön* (III, p. 140), y ajouta la déclaration que si quelqu'un épousait une fille ou une veuve avec stipulation du *tilgjof*, les époux pouvaient contracter communauté, dès qu'ils avaient issue de leur mariage ; mais que s'ils avaient des enfants mineurs d'un autre lit, ils devaient demander l'approbation des plus proches héritiers après ces enfants.

[2] C'est ce que montre d'une manière indirecte la disposition de la *N. L. C. N.*, l. c. : « Nu er *eigi felag* hiuna i millum þa skal henni su *tilgjof* « heimol uera er til hennar var gefin. » Cf. *Jonsbok*, K. G., 3 ; *Kong Eriks Retterb.*, p. 122.

[3] *N. L. C. N.*, S. S. (V), 4 : « Nu ef *oreigar* II. koma saman at landz « lagum oc aukazt þeim fe. Þa *hafe þat II. luti er lengr lifir bæde i lande* « *oc lausum oeyri* er vid *uttarfa* er at skipta. En *helming er vid* börn þeira « er at skipta ; » cf. *N. L. V. N.*, V, 2, et *Jonsbok*, K. G., 4.

fonds hérités ne pouvaient être mis en commun par les époux sans le consentement des proches des deux parts. Il leur était, au reste, permis de déterminer eux-mêmes par une convention l'*Itiemfolge* ou *Itiemgifft* (*dot*)[1] de la fiancée, ainsi que le *Filgaffue* (*douaire*) à fournir par l'homme de ses propres deniers comme dédommagement pour l'usufruit de la dot, dans le cas où la femme lui survivrait. Mais les époux pouvaient aussi stipuler le *hælnings felag* (communauté universelle des biens), laquelle entrait toujours en vigueur dès que l'homme demandait la communauté pendant le mariage, et que les époux avaient mis en commun tout ce qu'ils possédaient ou pouvaient hériter ou acquérir d'une manière quelconque[2]. Au partage des biens, si les époux n'avaient pas laissé d'issue, les biens meubles étaient répartis par moitiés égales entre le survivant et les héritiers du défunt, mais les *odelsgods* (biens-fonds paternels ou maternels) retournaient au survivant ou aux héritiers de l'épouse décédée[3]. Si, au contraire, le partage de la masse avait lieu avec les enfants nés du mariage, les meubles et les immeubles se divisaient en parties égales[4], les *terres achetées* (*kjobegods*) et les *terres hypothécaires* (*pantegods*) étant considérées comme meubles. Quant aux personnes sans fortune au commencement de leur union, la loi continua à leur reconnaître la communauté à parts égales de tous les biens qu'elles avaient pu acquérir pendant le mariage[5].

[1] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3 : « Giffter Mand sammen sine Börn : Da skal « slige forord stande, som Mand giör for sine Börn : Hvad heller det er till « *Fællag* eller *Hiemgaffue* ; » cf. *S. M.*, 6, 13.

[2] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3.

[3] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3 : « Oc sidin skifftis hvis Lössöre, som offuer « bliffuer, *lige, i to parter*, imellem den som igien leffuer oc den Dödis « Arffuinger : Men *Odels-Gods falder frit til rette Odelsmand*. Uden saa er « de giöre anden forordi i Bröllupit, met deris neste Arffingers samtycke. » Cf. *S. M.*, 13.

[4] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3 : « Affler Hussbond eller Hustrue *Barn sammen* oc döer enten dennem fra Barn : da skifftis *baade Lost oc Fast i to* « *lige Parter*, imillem Barnit oc den som igien leffuer. »

[5] *L. N. Chr. IV*, S. M., 3. — Les dispositions ultérieures de la *Loi du roi Christian V*, de l'an 1687 (5-2-19, 20) sur la même matière, sont littéralement reproduites de la *Loi danoise* du même souverain, dont nous parlerons plus bas.

CHAPITRE IV.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS DANOISES.

Les anciennes coutumes danoises montrent que déjà, vers l'époque où elles furent mises par écrit, *la communauté des biens entre époux existait comme règle générale en vertu de la simple disposition de la loi*[1]. Cette circonstance n'autorise pas, toutefois, la supposition que le régime des biens conjugaux ne pût se baser en Danemark, comme dans le reste du nord scandinave, sur le principe des biens propres[2]. Pour la communauté des biens reconnue par les lois danoises, il faut distinguer entre les lois des villes et les lois des campagnes, celles-ci contenant toujours, en vue de protéger les droits des familles sur les biens-fonds, certaines dispositions qui manquent chez les premières. Ainsi, dans la Loi de Scanie (*Skånelagen*)[3], dans les deux Lois de Sélande (*Sjellandske love*)[4] et dans celles de Jutland (*Jydske lov*)[5], étaient exceptés du régime de la communauté :

[1] Cf. Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshist*, I, p. 158.

[2] Thorlacius, *l. c.*, p. 208, professe une opinion contraire, et admet que les constitutions de dot « ikke siden Svend Tjugeskäggs tid, eller *maaske* « *aldrig* have være brugelige i Danmark. » L'histoire nous informe, sans doute, qu'en Danemark les femmes ne furent pas déclarées habiles à succéder avant le temps du roi Sven Tjugeskägg († 1014); mais l'authenticité de ce fait a été mise en doute. Il est en tout cas fort probable que les femmes, une fois admises à succéder, reçurent bientôt une part dans la communauté. — Schlegel, *l. c.*, p. 223-24, pense que l'usage de conclure le mariage sous la forme d'un achat, avec stipulation d'une certaine propriété particulière pour la femme, ne cessa entièrement que sous le règne du roi Waldemar I.

[3] Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, I, p. 29, pense que la Loi de Scanie est une collection privée de coutumes, mise par écrit pendant les premières années du treizième siècle. Cf. l'avant-propos de son édition de la traduction latine, *Lex Scanica antiqua*, de l'évêque André Sunesen (datant des années 1204-1215). Voir surtout la préface de l'édition de M. Schlyter, où cette matière est traitée avec une érudition digne de l'illustre éditeur des anciennes lois suédoises.

[4] *Lois du roi Waldemar et du roi Eric*; pour l'âge de ces lois, voir Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, p. 31-32, et les préfaces de ses éditions desdites lois.

[5] Cette loi fut sanctionnée en 1241 par le roi Waldemar II; voir la

1° Tous les biens-fonds hérités[1];

2° Tous les biens meubles hérités pendant le mariage, à moins, toutefois, que ces derniers n'eussent été mis en commun en vertu de l'*arvebed*[2].

Les biens restants étaient divisés en deux parties égales, dès que le mariage se dissolvait sans issue, soit par décès, soit par divorce. Dans ce dernier cas, chacun des époux, et, dans le premier, le survivant et les héritiers du défunt, se partageaient par lots égaux les biens de la masse commune[3].

préface de l'édition Kolderup-Rosenvinge et Larsen, dans le *Jurid. Tidskrift*, XIII, p. 231 et suiv.; XV, p. 15-20.

[1] Kofod-Ancher, *Saml. Juridiske Skrifter*, II, p. 366 : « Jord var Familie« Gods, og maatte derfor icke fragaae rette Arvinger. »

[2] Pour la signification primitive du mot *Aruæbit*, voir Kolderup-Rosenvinge, *Observations sur l'édition de la Loi de Sélande du roi Eric*, Copenhague, 1821, p. 236, où l'auteur fait venir ce mot de *bita*, suéd. *binda*, lier, réunir, de sorte que le sens de ce mot serait *réunion ou mise en commun d'un héritage* : « Arvs Sammenbindelse d. e. Forening eller Sammenlæg« gelse.» — Voir une autre opinion à cet égard chez Kofod-Ancher, *Observ. sur l'édit. de la Loi de Jutland*, Copenh., 1783, p. 301-2. Quoi qu'il en soit à cet égard, l'*Arfvebed* ou *Arvæbit* veut dire que quand une personne appartenant à une association dont les membres possédaient des biens communs, héritait des biens meubles, ces derniers n'étaient soumis au régime de la communauté que dans le cas où l'autre ou les autres membres de l'association avaient aussi hérité des biens meubles de la valeur d'un marc et au-dessus.

[3] *Loi de Scanie*, 1, 7 : « Cumma tu hion sammæn mz rættum loghum, oc « hauir annat thera ena mark oc annat hundræthæ mark, ok skilias the « silan ællær dōth ællær qvik, *skiftis e bo theræ i mellin ællær theræ arvæ « um the æræ dōth, til halfnathæ, kōpæjorth ok bolfæ. Annur jorth gangæ « til rættu arvæ*. Takæ the arf oc æræ the ey barmynd ællær arfbet, tha « gangæ han til rættæ cruæ. » — *Loi de Sélande du roi Eric*, I, 1 : « Far « man athalkonæ, tha *hvat sum the æræ æghændæ at*. Forutæn thæræ jorth. « *tha aghæ the alt til halfs* thot hans waræ til hundræthæ mark. Ok hænnæ « ikky. » — I, 3 : « *Dör annæt thæræ barnlōst* fran annæt. *Tha skal thæs « dōthæ arfuæ gangæ at half bo i allæ munæ. Ok i kōpæ jorth haluæ* um « the æræ æy meræ æn tu i fælugh sammæn. » — I, 28 : « Thæt skal man « ok witæ. At thagær bondæn ok frughæn komæ samæn. *Allæ the aruæ « thær the hauæ for ærfd i fæ munæ. The æræ beggy thæræ*, hwat sum « annær man skal hanum gialdæ for uthæn jorth. *Tha ær ok thæt bæggy « thæræ;* » — 30... « Thæt skal man ok witæ. At ængin thær laugh arf ær. « a. At bitæ annær. For utæn han ær swa goth sum en mark silf. Faar « bondæn en arf in. Ok aruær hun annær wagh en annær i gen. That « hænnæ ær sua goth. Sum hundræthæ mark ællær bætræ. Ok annæn æy

D'autres principes entraient en vigueur dès qu'il y avait issue. La Loi de Scanie et celles de Sélande admettent une communauté tacite des biens, non-seulement entre époux, mais encore entre parents, enfants et petits-enfants, entre parents et enfants de lits différents, entre parents par mariage et leurs gendres ou leurs brus, et enfin entre frères et sœurs, dès qu'ils vivaient ensemble et faisaient ménage commun [1].

Dans les anciennes coutumes danoises, le droit de succession se base essentiellement sur l'idée d'une propriété collective de la famille, mais en ce sens que chaque membre de la famille proprement dite (celle qui vivait à même pot et feu) avait un droit éventuel de succession aux biens communs [2]. Ce fait explique le droit qu'avait le survivant de partager les biens du défunt avec ses propres enfants. Il constitue une institution toute spéciale à l'ancien droit danois, et ne se retrouve pas dans les autres coutumes scandinaves. La succession était, d'après ce principe, soumise aux formes suivantes :

Si le partage avait lieu entre l'époux survivant et ses enfants, lesquels étaient en communauté des biens (*fælagh*) avec leurs parents, le veuf ou la veuve recevait, de même que tous les fils, au prorata du nombre des ayants droit, un lot entier (lot viril) dans *les acquêts et les biens meubles* [3], tandis que, d'après l'ancien usage, les filles ne recevaient qu'un demi-lot. Mais dès

« bætræ æn en marks silfs. *Tha jæfnæs the bathæ sum annæt bo fæ.* » — *Loi de Jutland*, I, 6 : « Samnes hyon oc fa the ei börn. Dör antigh there « sithen. *Tha scifles huus oc bofæ oc kopeiorth itu mellæ hin ther liuer oc hins « döthe aruing.* » — Cf. Kofod-Ancher, *Samlede Juridiske Skrifter*, II, p. 368; Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshistorie*, I, p. 158-59, et, pour la Loi de Jutland, Von Steman, « das Güterrecht der Ehegatten im Gebiete « des Jütschen Lovs, » Copenhague, 1837, p. 34 et suiv.

[1] Cf. Kofod-Ancher, *Saml. Jurid. Skrifter*, II, p. 358 et suiv., et Kolderup-Rosenvinge, *Danske Retshistorie*, I, p. 236-38.

[2] Kofod-Ancher, *l. c.*, II, p. 248 : « Alle af eet og samme Hus og Familie « udgjorde paa nogen Maade Eet. De boede sammen, levede sammen, og « sogte alle ved samlet Flid og Omhyggelighed at befordre Familiens « almindelige Beste. Hvorfor ingen kunde synes at eje noget for sig selv, « men ligesom al deres Omhue og Vindskibelighed gik ud pa fælleds Tarv, « saa blev og alt, hvad enhver især erhvervede, fælleds iblandt dem alle.»

[3] Savoir les biens meubles, qui, à l'exception de l'*Arvebed*, entraient pendant le mariage dans la masse conjugale, sans toutefois avoir été hérités.

qu'il n'y avait pas d'héritier mâle, soit fils ou autre parent, la part de la mère était égale à celle des filles. Toutefois le mari avait droit, avec les enfants communs des deux époux, à un lot viril complet dans les terres patrimoniales de la femme décédée, avantage que la loi ne reconnaissait pas à la veuve. La Loi de Jutland s'éloigne toutefois de ces dispositions, en ce qu'elle n'admet pas, comme le font la Loi de Scanie et les deux Lois de Sélande, une communauté tacite des biens entre parents et enfants, mais bien entre mari et femme, le veuf recevant, d'après cette loi, un lot viril dans les terres patrimoniales de la femme, si l'union avait laissé issue mâle, mais autrement un lot égal à celui des filles[1].

Cependant il se forma peu à peu dans les villes de commerce une communauté universelle des biens. Ce régime, plus favorable à beaucoup d'égards aux intérêts commerciaux et industriels, pouvait y être plus facilement adopté, les immeubles situés dans les villes n'ayant pas pour la famille la même importance que ceux des campagnes. Aussi le droit des villes accordait-il à l'époux survivant *la moitié de tous les biens de la masse*[2].

L'Ordonnance de 1547 du roi Christian III apporta la modification suivante aux dispositions des coutumes provinciales : sans égard à la circonstance que les époux eussent ou n'eussent pas laissé issue, le survivant recevait toujours *la moitié de tous*

[1] Cf. Kofod-Ancher, *l. c.*, p. 368-72, et Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, I, 256-60.

[2] *Lundske Stadsret*, 28 (Kolderup-Rosenvinge, *Samling af gamle Danske Love*, V) : « Swa skal han oc gulfeste sik hösfru til *halft bo* awlat oc uawlat. » *Slesvigs ä Stadsret*, 7 (p. 312) : « Item mulier... Moriente marito in divi« sione hereditatis *dimidium possessionis accipiat*. » *Flensborgs nyere Stadsret* (1284), chap. II, 2 : « Qvænæs lanzman til by eldær lanzquinnæ giftæs « til by, oc theræ brollup göræs i by, *olt ther gooz*, *bothæ hus oc forth*, « innæn thin by oc utæn, *scal væræ boscup*, oc *skiftæs iaucent i tu*. » — *Kong Hans's alm. Stadsret*, chap. XXXIII : « Bedis nogenn Mandt eller « Svendt til nogenn Maudz Dotther eller Fencke, da skall hunn hannem « saa giffuis : Jeg giffuer dig N. miun Dotther til Heder oc Hustru, till « halff Seng oc *halfft Bo*, til Laas oc til Locke oc *allt hallfft wundit*, etc. » — Cf. Kofod-Ancher, *l. c.*, p. 372, note, et Kolderup-Rosenvinge, *l. c.*, I, p. 160.

les acquêts et de tous les biens meubles[1]; les terres patrimoniales[2] étaient, par conséquent, seules exceptées de la masse commune. Le *Code danois* (*Danske Lov*) promulgué, l'an 1683, par le roi Christian V, statua que tous les biens de l'époux décédé, tant les meubles que les immeubles, tant les propres que les acquêts, seraient divisés, entre le survivant et les enfants, en deux parts égales, dont le premier recevrait *l'une*, outre un lot viril dans celle des enfants. Ce lot devait toutefois leur être restitué lorsque le survivant convolait en secondes noces[3]. Si les époux ne laissaient pas d'enfants, le survivant avait le choix, ou de prendre la moitié tant des meubles que des immeubles, ou de céder seulement les trois quarts des biens propres du défunt aux héritiers, lesquels devaient s'en contenter[4].

Enfin, la nouvelle *Loi concernant les successions* (*Arvelov*), du 21 mai 1845, statue : qu'il ne sera, désormais, plus tenu compte des apports; que, lorsque l'un des époux meurt laissant issue, le survivant reçoit, outre la moitié des biens, un lot fraternel (*Broderlod*) ou lot viril, au prorata du nombre des enfants; que, s'il n'y a pas d'enfants, mais d'autres héritiers, le survivant reçoit la moitié des biens conjugaux, plus un tiers de la moitié

[1] Christian III:s « Kjobenhavnske Recess, » 1547, chap. XXVIII (Kolderup-Rosenvinge, *Saml. af gamle danske Love*, IV), « Item *skal Hustruen nyde* « *halff Kjöbeiordt, Boo, Boskaff, oc halfft udi alle Lössöer*, effter hindis « Hoossbonde, huadt heller hun haffver Barn wedt hannom eller icke; » ce paragraphe se retrouve mot pour mot dans l'article 52 du *Koldinske Recess* de 1558, du même roi.

[2] Kofod-Ancher, *Saml. Jur. Skrifter*, II, p. 372, note de Schlegel : « Ved « disse Bestemmelser var det saakaldte Arvebod allerede implicite bleven « afskaffet og Fælledskabet var fuldkomment i Henseende til alt hvad « Ægtefolkene ejede undtagen Arve-Jord. »

[3] Code danois (*Danske Lov*) de Christian V, 5-2-19 : « *Haver Husbond og* « *Hustrue Börn sammen* og enten af dem ved Döden afgaar, *da skiftis alle* « *efterlatte Midler*, Boepenge, Lösöre, Kiöbstædsgods, Jordegods, Kiöbegods « og *Arvejord i to lige Parter* imellem den Efterlevendis og fællis Börn; « *dog arver den Efterlevendis af de efterlatte midler foruden sin egen* « *Hovedlod een Broderlod.* » Cf. *Loi norw. de Christian V*, 5-2-19.

[4] C. D. Chr. V, 5-2-20 : « *Haver Husbond og Hustrue ingen Börn sammen*, « da, naar enten af dennem ved Döden afgaar, *stande det den Efterlevendis* « *frit for at træde til den heele Bois Lösöris og Jordegodsis lige Skifting* og « Deelning med Arvingerne. Vil den det ikke, da bör den at udlægge til « Arvingerne tre fierde Deele af det, som den Afdöde i Boen hafde ind-« fört. » Cf. *L. N. Chr. V*, 5-2-20.

réservée aux héritiers du défunt, et toute la masse, s'il n'y a pas d'héritiers[1].

CHAPITRE V.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LES ANCIENNES LOIS SUÉDOISES.

I. — COUTUMES PROVINCIALES.

Avant de passer à l'exposé du développement de la communauté des biens entre époux d'après les anciennes lois de notre patrie, nous jugeons nécessaire d'appeler l'attention du lecteur sur deux faits dont nous avons parlé précédemment, savoir : la signification toute spéciale d'unité absolue, d'état dans l'état, que nos ancêtres attachaient à l'idée de famille, et l'importance que, par suite de cette idée, les terres patrimoniales avaient pour la famille.

La fortune confère toujours plus ou moins de pouvoir, d'influence ou d'autorité. Nos ancêtres n'ignoraient pas ce fait. Mais, pour qu'elle remplisse ce but, il faut qu'elle soit concentrée en aussi peu de mains que possible ; car, dès que la division en est permise, elle cesse, nos ancêtres ne l'ignoraient pas non plus, de produire les effets mentionnés. Aussi longtemps que les grandes fortunes étaient retenues dans les familles, aussi longtemps qu'elles restaient entre les mains de quelques individus seulement, elles constituaient une puissance qui savait faire valoir son importance dans la vie publique.

C'est ce qu'on sentait vivement, et la tendance de l'ancienne législation devait être de retenir autant que possible les biens dans le sein de la famille. Ce fait est surtout prédominant à l'égard des *immeubles.* Comme le remarque avec justesse l'illustre auteur de l'*Histoire du développement social de la Suède,* « la propriété de terres ou d'immeubles était une des conditions attachées à la jouissance de droits politiques complets. Plus la famille contenait de propriétaires fonciers, plus elle avait d'autorité et d'influence dans la vie publique, et plus était puissante la protection mutuelle que ses membres étaient en

[1] Voir l'*Ordonnance du* 21 *mai* 1845, « Indeholdende nogle Forandringer « i Lovgifningen om Arv, » §§ 15-17.

état de se donner; il ne pouvait donc être indifférent que les terres possédées par la famille, prise comme un tout organique absolu, lui restassent en propre ou passassent à une autre famille[1]. » Pour nous résumer, les terres de la famille étaient un gage de l'indépendance de ses membres, et leur possession une condition *sine qua non* du droit de prendre part aux affaires publiques dans les assemblées générales (*thing*); enfin, la succession aux biens-fonds impliquait le devoir de défendre tant les intérêts de la famille que ceux de la patrie. Rien n'est donc plus naturel que de voir la législation de nos ancêtres non-seulement conserver les terres patrimoniales dans la famille. mais encore attacher la terre à la personne de ses membres mâles[2]. Cette double tendance ne se manifeste pas moins dans l'ordre des successions et dans les dispositions de la loi sur le droit de retrait, que dans celles sur le régime des biens des époux. Les lois de succession s'y rattachent tant par l'ordre dans lequel les membres de la famille avaient à succéder à l'héritage d'un parent défunt, que par le mode des partages entre plusieurs cohéritiers. C'est sous son influence que les femmes étaient primitivement exclues du droit de succession, si le défunt n'avait pas laissé de fils; que, même lorsque l'opinion publique concéda aux filles le droit de succéder avec les fils, on les voulut exclure des biens-fonds de la famille[3], et on ne leur donna en outre, au partage de la succession, que la moitié de la part des fils[4]. Les

[1] Nordström, II, p. 129.

[2] Cf. Järta, *l. c.*, p. 244.

[3] Ainsi la *L. U.*, S. S., 12, statue qu'une sœur n'aura aucune part dans le domaine principal (*bolby*, *hufvudgård*), mais seulement dans les petites terres détachées : « Taki syster j *um egnum;* » cf. *L. O.*, S. M., 3 : « *Humper ok haper.* »

[4] Bien du temps s'écoula avant que l'ordonnance promulguée en 1262 par Birger Jarl, sur le droit de co-succession des filles avec leurs frères, reçût force de loi dans les parties éloignées du pays; on tarda, sans doute, encore plus longtemps à concéder généralement à la femme la cohéritance à un même degré de parenté. C'est ce que montrent les deux Lois de Vestmanland et d'Ostrogothie, toutes deux postérieures au temps de Birger Jarl. — Il paraît que même vers la fin du dix-septième siècle, la cohéritance des femmes avec les hommes n'était pas encore entièrement reconnue en Finlande. Ce fait est prouvé par l'*Ordonnance royale à la Haute Cour d'Abo,* du 16 mars 1690 (en copie dans la collection des manuscrits de la Bibliothèque d'Upsal). La Haute Cour ayant rapporté que, dans les partages

mêmes motifs de conserver les terres patrimoniales dans la famille sont aussi l'origine des défenses ou des restrictions dans le droit de disposer des propres, soit par don entre-vifs, soit par testament. De la même source encore découle le droit des parents de racheter, à l'exclusion de tout étranger, les biens-fonds de la famille aliénés, et de les retirer par le droit de retrait (*jus retractus gentilitium*) en restituant le prix à l'acheteur, ainsi que de les réclamer dès qu'ils sont sortis de la famille par don entre-vifs ou par testament.

Les dispositions sur le régime des biens entre époux devaient nécessairement être en harmonie avec les lois de succession et le droit de retrait, et, pour cette cause, chercher surtout à prévenir dans les unions matrimoniales le passage des biens-fonds de la famille en des mains étrangères; c'est en vue de cette dernière éventualité qu'on sentit la nécessité *de prohiber la communauté des propres,* idée qui se retrouve dans toutes nos coutumes provinciales. On considérait en outre comme appartenant, jusqu'à un certain point, à toute la famille, ce qu'acquérait l'individu, et on excluait, pour les mêmes raisons, de la communauté des biens entre époux, toutes *les terres acquises avant le mariage.*

Quoique, pour les causes indiquées plus haut, une catégorie particulière de biens ne pût tomber dans la masse commune au temps où les coutumes provinciales de notre patrie furent mises par écrit, le régime de la communauté appliqué à tous les autres biens était généralement reconnu comme une suite légale du mariage. La Loi de l'île de Gotland[1] (*Gotlandlagen*) fait

de successions, il avait été d'usage chez les paysans « que les frères se saisissent de tous les biens meubles et immeubles, ne laissant à leurs sœurs qu'une vache, quelques tonneaux de céréales, etc., » « *Een Koo, veepa,* « Lååswacka och några tunnor Spannemahl, » et ayant demandé si, dans des causes analogues, les tribunaux « devaient juger d'après l'usage ou d'après la loi, » « om det effter den förre här tills öfwade wahnligheten « skall förblifva eller om Domarne böra i slijka mahl rätta sig effter « laghen, » le roi répond qu'il fallait « juger d'après la loi et non d'après l'usage, » « dömas stricte effter Lagh och intet *praxin.* »

[1] On a auparavant attribué un très-grand âge à la Loi de Gotland. Mais l'illustre éditeur des *Anciennes Lois de la Suède,* M. le professeur Schlyter, a démontré, dans la préface à son édition de cette loi (p. IX), que le texte original conservé jusqu'à nos jours ne date que de la fin du treizième siècle.

seule exception ; la communauté des biens lui est totalement inconnue. D'après cette loi, le régime des biens entre époux paraît avoir été, comme c'était l'usage dans des temps plus reculés, constitué lors de la convention des fiançailles (*mala thing*)[1]. A cette convention, le *sponsor* fixait une certaine dot (*haim fulgi*) qui ne devait toutefois pas dépasser 2 marcs d'or[2]; le prétendant, de son côté, promettait un don pour l'obtention de la fiancée (*hogsel*), lequel appartenait en propre à cette dernière, et était, avec le reste des biens des époux, placé pendant le mariage sous l'administration du mari. Aussi, à la dissolution du mariage par la mort du mari, la veuve ne pouvait-elle revendiquer qu'un certain aliment pendant son veuvage, outre sa dot et le *hogsl oc iþ*, dont nous donnons en note la signification[3]. Mais si la femme mourait sans enfants avant le mari, sa

[1] *Loi de Gotland*, I, 28, 5 : « At haim fylgi *a mala þingi* vt lufat, » « promis comme dot à la convention des fiançailles; » cf. II, 38, 5; III, 37.

[2] *Loi de Gotland*, I, 65 : « Tuar marcr gulz scal *fylgi* wara. Oc ai maira.» III, 81.

[3] Les opinions sont partagées sur la vraie signification des mots « *hogsl* « *oc iþ*. » Ihre, *Glossarium Sveo-Goth.*, les explique par « portio illa quam « præcipuam post mariti mortem habet vidua ; » il ajoute que le mot *hogsl* vient du bas latin *osclium*, et de l'*ousclage* des vieilles coutumes françaises. Cette dérivation nous paraît erronée. Hadorph, dans sa traduction de la Loi de Gotland, rend *hogsl og iþ* par « fordeel (all wärknat) oc idogheetz « wedergällning, » et *hogsl*, spécialement, tantôt par *dons nuptiaux*, tantôt par *Morgengabe*. — Schildener, notes 205 et 207 de l'édition de la *Gutalagh* (Greifswald, 1818), dérive *hogsl* de *hog*, *hug*, *mens*, *memoria*, ou de *hugna*, *delectari*, et le traduit en conséquence par : « Genugthuung für ihre (der « Frau) Beschwerniss, » « Ergötzung, » « zum tröstlichen Andenken und « Ersatze nach dem Gesetz, » « Verbesserung ihres Rechts (ergötzende « Genugthuung für die Weibsperson). » Cette dernière dérivation nous paraît plus admissible. — Nordström, *l. c.*, II, p. 58, pense que le « *hogsl* *oc iþ* » signifie « *avantage* » (fördel) ou gain de survie à prendre sur la masse conjugale indivise, c'est-à-dire une espèce de rémunération de l'activité de la femme comme maîtresse de la maison. — Si même le mot « *iþ* » peut être pris dans ce sens, nous doutons que le mot *hogsl* corresponde au « *fordel* » (avantage ou gain) de la nouvelle Loi des villes. Nous croyons, pour notre part, que le *hogsl* est le *mundr* des temps les plus reculés, c'est-à-dire un don du fiancé pour l'obtention de la fiancée. On sait que le *mundr* indiquait jadis le mariage légal, de sorte que la formule *kona mundikeypt* ou *mundigipt* (femme achetée ou mariée par *mundr*) désigne la femme légitime. Il en paraît avoir été de même du *hogsl*. C'était

dot retournait à celui qui l'avait constituée [1]. Ces dispositions trahissent un âge très-reculé; elles sont essentiellement en harmonie avec les récits de nos vieilles Sagas sur les anciens usages de nos ancêtres relativement au régime des biens entre époux; elles offrent enfin de grandes analogies avec les dispositions des coutumes irlandaises et norwégiennes sur les droits de la femme à l'égard des biens conjugaux, au temps où le régime de la communauté n'était pas encore entré en vigueur.

donc un don obligatoire d'amitié et d'estime, prouvant tout à la fois la sincérité de la demande en mariage, et l'honneur qui devait accompagner la femme comme épouse légitime. Tout homme coupable de séduction envers une femme devait, pour réparer l'honneur de cette dernière, lui donner le *hogsl* « vorbesserunge eres rechtes, » dit la traduction en bas allemand de la *Loi de Gotland*, II, 23, ou « HOGSLA *hana.* » (Cf. la disposition de la *N. L V.*, S. M., 9, sur ce que la séduction d'une fille peut être réparée par des fiançailles et la constitution d'un *vingiæf* (don amical) au bénéfice du *sponsor*). Le *mundr* revenait dans le principe au *sponsor*, quoiqu'il ait été, dans la suite, concédé par l'usage à la fiancée; de même d'après la Loi de Gotland, le *hogsl* appartenait au père ou au frère de la femme « sum hogsl aigu upp taka, faþir eþa broþir, en han ogipt ier, » 20 15). Dans son Glossaire à sa nouvelle édition de la Loi de Gotland, M. Schlyter rend *hogsl* par : « une certaine part des biens, qui revenait à la femme après la mort du mari, mais dont le montant est inconnu. » Il remarque ensuite que ce mot est d'origine allemande : « Potius deri« vanda videtur ab *hoge*, lætitia, *hogen*, *upphogen*, lætum facere, ut pro« prie significet solatium vel ægritudinis levamen. » Il donne, en outre, une seule et même signification aux mots *hogsl* et *iþ*. — En admettant que cette étymologie est la plus vraisemblable, *hogsl* nous paraît avoir signifié dans le principe le don constitué par le fiancé pour *réjouir* la fiancée, lui *plaire*, ainsi qu'à ses parents, et, plus tard, le don honorifique qui indiquait le sérieux de sa demande en mariage, et l'honneur dont la femme légitime serait l'objet.

[1] *Loi de Gotland*, 20, 5 : « En þann custr sum *hennj fylgir þar i Garþ* « *þa taki slican yr Garþi* sum haan i qvam, » (mais quant aux biens qui l'ont suivie au domicile conjugal, qu'elle les reprenne comme elle les a reçus), 7 : « Þa *en cuna ir gipt af garþi miþ haim fylgi* oc gangs eptir « hano, þa liautz atr i garþ sama sum han af giptis, » (si une femme mariée avec dot ne laisse pas de fils, la dot retourne à celui qui l'a constituée, litt. : au domicile d'où elle (la femme) a été mariée), 8 : « Þet iru oc lag « et *cuna liautr hogsl oc iþ* eptir bonda senn : ... En giptis hun fran « barnum sinum lifandum, þa *hafi hogsl oc iþ. Oc ai maira.* » (La loi est encore que la femme hérite le *hogsl* et l'*iþ* après son mari... Mais se marie-t-elle en ayant des (litt. : se marie-t-elle de ses) enfants du premier lit, qu'elle ait le *hogsl* et l'*iþ*, et rien de plus).

Quant au régime de la communauté des biens établi par nos anciennes coutumes, nous croyons devoir, pour donner à l'exposition de notre sujet toute la clarté nécessaire, le considérer sous les quatre points de vue suivants :

1° Le temps où la communauté entrait en vigueur;

2° Les biens soumis à la communauté;

3° La part de chaque époux dans les biens communs;

4° Le temps où le partage de ces biens avait lieu.

1° *Entrée en vigueur du régime de la communauté.*

La communauté des biens étant, d'après nos anciennes coutumes provinciales, un droit attaché au mariage légitime, on la considérait comme entrant en vigueur dès que le mariage avait été consommé ; or, suivant les idées du temps, il l'était aussitôt que les époux avaient couché une nuit ensemble. La plus complète harmonie règne à cet égard entre nos anciennes coutumes et les plus anciennes lois des autres peuples de la souche germanique[1]. La Loi de Vestrogothie s'exprime comme suit : « *Þaghær þer kumæ baþi a en bulster ok vnþir ena bleo. þa a hvn þridiungh i bo*[2], » c'est-à-dire : dès qu'ils viennent tous deux sur le matelas et sous le drap communs, elle (la femme) a le tiers des biens de l'association. La Loi d'Ostrogothie exige la bénédiction nuptiale[3], mais elle déclare expressément que les droits juridiques du mariage ne commencent que du moment où les époux se sont couchés publiquement dans le même lit commun (*ganga baþin ippenbarlika i siang saman*)[4]. Les deux Lois de Vestmanland, ainsi que celle de Sudermanie, statuent que, lorsque la fiancée quitte la maison paternelle pour le domicile conjugal, les garçons de noce sont responsables de toutes les insultes auxquelles elle peut être exposée pendant le trajet,

[1] Voir, à l'égard des plus anciennes sources du droit des Germains méridionaux, p. 388, note 1, et, pour la Grágás et les lois norwégiennes, p. 377. Cf. en outre, Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 440-41.

[2] *A. L. V.*, S. M., 9; *N. L. V.*, S. M., 15. Cf. S. M., 2; *N. L.*, S. M., 2.

[3] *L. O.*, S. M., 6, pr. : « Nu siþan fæst ær : *þa skal uighia.* »

[4] *L. O.*, S. M., 7, pr. : « Nu siþan þön æru vighz ok *ganga þön baþin* « *ippenbarlika i siang saman.* Æ huat hældær þön giptas ællær egh : *þa* « *ær hon kumin til alzs rætzs mæþ hanum ok han a baþi suara ok sōkia* « *firi hana.* » Cf. Schlyter, *Juridiska Afhandlingar*, I, p. 157.

« jusqu'à ce qu'elle soit venue au drap et au matelas (*þær til hon a blöio oc bolstir combir*), » mais elle est dès lors sous la garde et la protection du mari[1]. Dès ce moment aussi commence l'autorité maritale, comme le déclarent expressément les Lois d'Ostrogothie et de Helsingland[2].

2° *Biens soumis au régime de la communauté.*

A. *Biens meubles.* — La preuve que les biens meubles étaient soumis au régime de la communauté est fournie par la nouvelle Loi de Vestrogothie (*Section des successions,* 8 : « *Lösöræ allæ... þa hon giptis til*[3], » c'est-à-dire tous les biens meubles dont la femme aura le tiers par le mariage), ainsi que par celle d'Ostrogothie (*Section des mariages,* 7, pr. ; 22)[4]. Les lois de la Gothie ne paraissent pas avoir fait de différence entre les meubles hérités et les meubles acquis. Par contre, elles exceptaient de la communauté ce qui avait été expressément donné comme dot ou *omynd*[5]. La Loi de Vestrogothie statue en conséquence

[1] *A. L. W:d.*, S. M., 2 : « Þe sum gen kunu riþa skulu hænne heem « warþa. Firi allum misfallum. *Þær til hon a blöio oc bulstir combir. Þa ær « bruþ i bondans sins wardnaþi.* » Cf. *N. L.*, S. S., 2, 1 ; *L. S: d.*, S. M., 3, 1.

[2] *L. O.*, S. M., 7 (voir p. 399 note 1). *L. H.*, S. S., 2 : « *Kombr bruþ ii « siæng mæþ bondæ sinom.* Þa aa han foræ hana *baþæ swaræ ok sokiæ.* »

[3] *A. L. V.*, S. S., 6 ; *N. L.*, S. S., 8 : « Dör kona a barn i hæskap. Þa « skal þen ynsti colder arf takæ. *Lösöræ ællæ.* Oc iorþ þa þe köpt hauæ i « garþe. Ok sva ælmænningz iorþ alla *þa hon giptis til.* »

[4] *L. O.*, S. M., 22 : « Nu æruir hon bygt bo æftir barn sin. Alt *þæt bondin « före sik innan garzs ok grinda stolpa.* Þær a han af tua lyti ok *husfrum « þriþiungh.* » — Cf. *Ep.*, 18.

[5] D'après la *L. O.*, S. M., 1, l'*omynd* était divisé en trois parties, savoir : les objets de literie, la terre, et l'or ou l'argent : « Skal först mæla allum « frælsum kunum bulstær at hofþe. At andru *eghn* æn hon ær til. At þriþia « *gull* æn þæt ær til ællæ *siluær.* » La terre que la femme pouvait obtenir par héritage ou d'autre manière, appartenait aussi à l'*omynd*, dans lequel entrait même, dès qu'elle convolait en secondes noces, sa part dans les immeubles acquis pendant le premier mariage. Voir S. M., 16, pr. — Les nombreuses et minutieuses dispositions que contient la *L. O.* pour la conservation de l'*omynd* et sa restitution aux héritiers de la femme si celle-ci mourait sans enfants, témoignent des efforts que l'on faisait pour couserver la terre dans la famille. — Nordström, *l. c.*, II, p. 29, note 57, explique l'*omynd* ou *urmynd* par « les dons que la famille faisait à la femme lorsqu'elle sortait de sa puissance (*mund*) ; mais pour les raisons énoncées plus haut, nous ne trouvons pas cette explication admissible, le *mund* ne signi-

que, dans le partage de la succession, la dot sera déduite et ne pourra entrer dans la masse commune des époux[1]. La Loi d'Ostrogothie dit encore plus expressément que les meubles faisant partie de la dot ne peuvent être mis au nombre des biens communs, et doivent être retirés de la masse avant le partage des biens conjugaux[2].

Quant aux lois du Svealand, celle d'Upland déclare qu'à l'exception de l'or et des esclaves (*utæn gull ok hemæ hion*)[3], tous les biens meubles, apports ou acquêts, appartiennent à la masse commune. Les mêmes dispositions se retrouvent dans la nouvelle Loi de Vestmanland[4] et dans celle de Helsingland[5], cette dernière ne faisant toutefois mention ni d'or, ni d'esclaves. La Loi de Sudermanie déclare de même tous les biens meubles soumis, sans exception, au régime de la communauté[6]. Il est à

fiant nulle part, dans les anciennes lois du Nord, la puissance du chef de la famille sur la femme. »

[1] *A. L. V.*, S. S., 5 : « Þa skal *af takæ hemfylgh* sinæ alt þet ær vnöt ær. « hun ællær hænæ börn. » *N. L.*, 7.

[2] *L. O.*, S. M., 7 : « Þa ær hon kumin til alzs ræts mæþ hanum... Ok « sua æn hon dör barnlös : þa a han alla lösöra *utan omynd* af gozs hænna : « ok hon a þriþiung af hans gozs æn han dör för. » S. M., 15 : « Nu skipte « kona uiþer barn sin ok bonda sins arua : *þa skal hon omynd sina först af « oskiptu bo taka.* » — S. M., 16, pr. : « *Ok omynd hænna skal rættum « arua ut fa.* Bulstær at förstu, etc. »

[3] *L. U.*, S. S., 3 : « Han a kona manni giptæ til heþær ok til husfru. Ok « til siæng halfræ. Til lasæ ok nyklæ ok *til laghæ þriþiungæ i allu han a.i. « lösörum. Ok han afflæ fa. Utæn gull ok hemæ hion* til allæn þæn ræt. « Ær uplænzk lagh æru ok hin hælghi erikær kumungær gaff... Nu ærowir « bonde ællr husfru frændær sinæ. *Ærfwir baþi iorþ. Ok lösöræ. Þa aghi « lösöræ baþin.* » — S. S., 7, 1 : « Nu gangær hun a giptu aþræ. Ok barns « hænnær fæþærni ær meþ hænna. Innæ þa skal. För barna fæþærnæ un- « dæn skiptæs. Ok taki þer fyrstunni *twa loti aff lösörum.* » — S. S., 10, pr. : « Ok hint *gangi allt til skiptis baþi þæt bonde ok husfru attu i lösörum.* » Cf. S. S., 9, 1.

[4] *N. L. W: d.*, S. S., 3 ; 8, 1.

[5] *L. H.*, S. S., 8, pr. : « Ok til *alz þæs han a æller han afrolæ fa i lösö- « rum*, etc.; » cf. § 1, et tit. IX. — On doit se rappeler que la Loi de Helsingland était aussi en vigueur en Finlande, probablement parce que la plupart des colons suédois qui s'établirent en Finlande, venaient du Helsingland.

[6] *L. S: d.*, S. M., 3, 3 : « Gipningar allar þær samman æru comnar med « laghum suþermanna. Aghi maþer twa lyti i *lösum penningum* þeræ ok « kuna þriþiung. »

propos de faire remarquer ici que les anciennes lois suédoises mettaient dans la catégorie des biens meubles de la communauté *les bestiaux élevés dans la ferme* (*le croît*) et les produits des terres des deux conjoints, même si ces terres leur étaient *venues par héritage*. Quoique ce fait ne se trouve expressément mentionné que dans la Loi de Vestrogothie [1], il était probablement d'une application générale [2].

B. *Immeubles acquis pendant le mariage*. — Les lois de la Gothie et celles du Svealand offrent une concordance parfaite à l'égard de cette catégorie de biens [3]. La Loi de Vestrogothie met au nombre des biens communs, avec les meubles et les immeubles achetés après l'entrée en mariage [4], l'*almænningsiorþ* [5], ou défrichements faits dans les forêts communales. La Loi d'Ostrogothie place, comme nous l'avons dit, la bénédiction nuptiale au nombre des formalités nécessaires à la contraction du mariage légitime, mais elle considère, toutefois, les droits résultant du mariage comme n'entrant en vigueur qu'après la première cohabitation. Pour cette cause, les immeubles acquis avant cet acte (avant « qu'ils entrassent ensemble dans le lit, *þön koma i siang saman* ») étaient exclus de la communauté. Il

[1] *A. L. V.*, S. S., 16 : « Siþan ær hion tu komæ saman, takkær annat « þerræ arf... *Þæt sum af födis, æghu þæt baþi.* » § 2 : « Tæþær maþær « bo at arvi... skulu *baþi hion avaxt aghæ.* » — Cf. *L. O.*, S. M., 22.

[2] Les *amendes*, le *vingæf* et d'autres dons, tombaient aussi dans la masse commune. — *A. L. V.*, S. S., 18, 2; *N. L.*, S. S., 26 : « Saræ böter ok « barđagbæ böter ok vingiæfuær agho þe *baþi at takæ* ok lukæ af sinum « bo pæningum æller af köpe iorþum. »

[3] *A. L. V.*, S. S., 6, pr.; *N. L.*, S. S., 8; *A. L.*, *Section des immeubles* (Jorda Balken), 4, 9; *N. L.*, S. I., 11 : « Værþæ *iorþ farin siþæn hion tv* « *komæ samæn þa ær hun bæggiæ þerræ.* » — *L. O.*, 7, 16, pr. — *L. U.*, S. S., 9, 1 : « *Allt þæt bondeñ ok husfrun kiopæ samæn. baþi i iorþ ok lösö-* « *rum.* þæt kallær siængæ köp. *aghi husfrun þriþiung.* ok bonden twælö- « tinæ. aff *bolköpinu*. Liutæ þe swa sæliæ sum kiöpæ. gangi þa a husfrunæ « lot þriþiungær. ok twe lötir a bonden. » — *L. S: d.*, S. M., 33 : « Kunnu « þön *iorþ afla mæþan þön saman æru*. *aghi* oc *mær maþer af twa lyte.* « oc kuna þriþiung. » *A. L. V: d.*, S. M.; *N. L.*, 5 : « Æru hion comin « suman meþ lagh oc lanz ræth. Þöm kunnu pænninga ökias döa barnlös. « dör manuin, *taki kunan af sænghar cöpi þriþiungin.* » *N. L.*, S. S., 8, 3; *L. H.*, S. S., 9.

[4] *N. L. V.*, S. S., 8 : ... « Lösöræ allæ. ok iorþ þa þe köpt hauæ i « garþe. ok sva *almænningzs iorþ alla þa hon giplis til.* »

[5] Voir *Glossaire* à la *L. V.*

existait toutefois une exception, savoir : que si l'un des époux avait acheté une terre après la bénédiction nuptiale, et que celle-ci n'eût jamais été suivie de la cohabitation, la terre, ne tombant pas dans la masse commune, retournait aux héritiers du défunt[1]. Qu'il nous soit permis d'ajouter que les outils et instruments agricoles paraissent avoir suivi les destinées de la terre, de sorte que si cette dernière avait été acquise pendant le mariage, ces outils étaient communs, et *vice versa*[2].

Les lois du Svealand nomment tantôt *bolköp*, tantôt *siængakop*[3], les acquêts mobiliers et immobiliers soumis au régime de la communauté. La part respective du mari ou de la femme entrait, lorsque l'un ou l'autre convolait en secondes noces, dans les biens communs des nouveaux époux[4].

La formule matrimoniale (*giptarmal*) donnée par la Loi d'Upland, la nouvelle Loi de Vestmanland et la Loi de Helsingland ne mentionne qu'une communauté des biens meubles[5]. L'explication de ce fait se trouve peut-être dans la circonstance qu'au

[1] *L. O.*, S. M., 7 : « Nu æn hon dör för æn þön koma i siang saman þa a « han ængte af bænna gozs taka : æn þo at þön vighþ sen : Nu æn annat « þerra *köpir iorþ siþan þön vighþ æru ok för æn þön koma i siang saman* « ok koma siþan ok dör barnlöst annat þerra : þa æruir þæt þerra sum « æftir liuær sua sum för uar saght af þerre eghn sum för uar köpt. *ok* « *koma þön egh saman :* þa *æruir rættær ærui.* »

[2] Cf. *A. L. V.*, S. S., 16 ; S. M., 9, 2 ; *N. L.*, S. S., 20, 21 : « Konæ takær « priþiung i bo. » Le mot *bo* signifiait une terre, avec les biens meubles qui s'y trouvaient ; voir *Gloss.* à la *L. V.* Les bois de construction abattus et le matériel nécessaire à l'exploitation des moulins, suivaient aussi le sort de la terre. *N. L.*, S. S., 26 : « Konæ taker þriþiung i bo... siþan « *tymber* ok *möllno reþe.* þa *skal alt skiptæ sum bo.* » — *L. O.*, S. M., 16 : « Þa æruir bondin *sua köpu eghn sum alt bo fæ* ; » 22 : « Nu *æruir hon bygt* « *bo* æftir barn sin. alt þæt bondin före sik innan garzs ok grinda stolpa « þær a han a tua lyti ok husfrum þriþiung. *Alt þæt sum kuart standær* « *þæt fylgir all omynd. Hus ok alt bo fæ.* »

[3] *L. U.*, S. S., 9, 1 : « Allt þæt bondin ok husfrun kiöpæ samæn. baþi i « iorþ ok lösörum. Þæt hallær *siængæ köp.* agbi husfrun þriþiung ok bon- « den twælötinæ aff bolköpinu. » S. I., 4, 6. — *L. V: d.*, S. S., 8, 3. — *L. H.*, S. S., 9.

[4] *L. U.*, S. S., 7, 1 : « Ok siþan giftis mannin til *twæggiæ lotæ. j. þriþiung* « hænnær ; » et *N. L. V: d.*, S. S., 8, 1. La *L. O.* fait toutefois exception (voir *ibid.*, 16, pr.) ; voir page 122, note 5.

[5] *L. U.*, S. S., 3, pr. Voir plus haut page 123, note 3. — *N. L. V: d.*, S. S., 3. — *L. H.*, S. S., 3. — Cf. *L. U.*, S. S., 10, pr., et *L. S: d.*, S. M., 3, 3.

temps où le régime de la communauté fut reconnu comme basé sur la coutume générale du pays, les biens meubles tombaient seuls dans la masse commune[1]. Le régime des biens étant, comme nous l'avons dit plus haut, déterminé par la formule matrimoniale, il ne pouvait, par conséquent, y être fait mention que des meubles. Il est probable que cette formule s'est conservée traditionnellement depuis le temps où le régime de la communauté était limité aux biens meubles, et qu'elle a ensuite été insérée sans modification dans les lois. Suivant la Loi d'Upland[2], le roi saint Eric aurait institué, dans la seconde moitié du douzième siècle, le régime de la communauté des biens entre époux. Mais cette donnée signifie, sans aucun doute, purement et simplement que saint Eric sanctionna la coutume, déjà en usage de son temps, d'accorder à la femme, dès qu'il n'en avait pas été décidé autrement lors de la convention des fiançailles, le tiers des apports et acquêts mobiliers des époux. Il n'est pas vraisemblable qu'il ait introduit un principe nouveau à cet égard. Toutefois, il est probable que l'on commença d'assez bonne heure à faire entrer dans la communauté conjugale les immeubles acquis pendant le mariage; on ne les considérait, assurément, que comme des équivalents des dettes payées avec les deniers communs. Cette supposition à l'égard de l'extension du régime de la communauté aux acquêts nous semble constatée par la circonstance que l'ancienne Loi de Vestrogothie, rédigée au commencement du treizième siècle, confère déjà à la femme le droit au tiers des biens de cette catégorie. Quoique les lois du Svealand soient d'un siècle plus jeunes que l'ancienne Loi de Vestrogothie, la formule matrimoniale donnée par elles ne fait, comme on l'a vu plus haut, aucune mention des acquêts immobiliers. La cause en est peut-être que, mus par un pieux respect, les rédacteurs de ces lois n'ont pas cru devoir modifier une formule consacrée par la coutume, et devenue l'objet d'une certaine vénération. Ils ont préféré instituer ailleurs, dans les mêmes lois, le droit de la femme au tiers (*laga þriþiung*) de ces immeubles.

[1] On doit se rappeler qu'en Norwége, d'après la Loi de Frostathing, la communauté légale ne comprenait, à la règle, que les biens meubles.

[2] *L. U.*, l. c.

Comme les anciennes lois norwégiennes et danoises, nos coutumes provinciales excluaient de la communauté conjugale les biens acquis par héritage [1] (*arfvejord* [2], terres héritées). La cause en était assurément celle dont nous avons parlé plus haut, la conservation de la fortune dans la famille, afin de garantir l'indépendance et l'influence politique de ses membres. Il paraît avoir suffi qu'un immeuble passât une seule fois en héritage dans la famille pour qu'il entrât dans la classe des propres [3]. Cependant, quelques passages de nos coutumes provinciales [4] montrent qu'il fallait plusieurs générations pour conférer définitivement aux acquêts immobiliers la qualité de propres [5].

Etaient encore considérés comme propres :

1° Les terres qu'un héritier recevait en échange de biens-fonds appartenant à son héritage (*surrogatum naturale*) [6], et les immeubles achetés avec les deniers provenant de la vente de biens-fonds hérités [7] ;

[1] *A. L. V.*, S. S., 16; *N. L.*, S. S., 21 : « Takær maþær *bo at arvi*... « skulu *baþi hion avaxt aghæ*... þy gipftær bondæ þæm manni dottor « sinæ ær tils arfs standær. at þer viliæ *baþi afvæxt æghæ.* » On peut tirer de ce passage la conclusion indirecte que la *terre* même ne tombait pas dans la masse commune. Cf. *A. L.*, S. I., 4, pr.; *N. L.*, S. I., 9 : « Konæ « sæl iorþ sinæ ællær maþær laggær eig. i. bo. kõpir sæ iorþ aþræ. *Þæt* « *ær þæs þerræ ær iorþæ wærþi alti.* » — *L. O.*, S. M., 16 : 16 : « Ok *omynd* « *hænnd skal rættum arua ut fa*... Nu ær *eghn* at andru hofþe alla þa « *eghn* hon kan fa agha ok ærua. *Hon a til omynd ganga,* etc. » Cf. S. M., 22. — *L. U.*, S. S., 3, 1 : « Nu arfuir bonde ællr husfru frændær sinæ. « *Ærfwir baþi iorþ. ok lõsöræ.* Þa aghi lõsöræ baþin. *Ok iorþ aghi þæt þeræ* « *sum ærfwir.* » *L. H.*, S. S., 3, 1.

[2] L'*arfvejord* apparaît dans nos coutumes provinciales sous les différentes dénominations de *arftakin iorþ*, *fæþerni iorþ*, *byrþ*, *gammal byrþ*, *fasta fæþerni ok alda opal*. — Voir *Gloss.* de la *L. V.* et de la *L. U.*; cf. Schrevelius, *Om arfvejord* (*Jurid. Arkiv*, VII, p. 168 et suiv.).

[3] Cf. Schrevelius, *l. c.*, p. 179, et Nordström, *l. c.*, II, p. 141.

[4] *L. S: d.*, S. S., 2, 1. Cf. *L. G. d.*, I, 20, 2.

[5] Les lois norwégiennes contiennent des dispositions très-précises sur le temps nécessaire pour conférer à la terre la qualité d'*opelsjord* (propres), soumise à l'*Opelsrätt* (droit des propres); voir *A. L. N. G: g.*, 270; *N. L. C. N.*, VI, 2.

[6] *N. L. V.*, Add. II, 11. — *L. U.*, S. I., 8, pr. : « Skiptæ mæn egnum « æ *hwar man skiptir iorþ þa wæri þæt byrþ hans han j. skipti far.* » — *N. L. V: d.*, S. I., 3, pr., *L. H.* S. I., 8.

[7] *L. U.*, S. I., 2, 3 : « *Sæl man fæþerni* sitt. ællær oc skiptis. i. enum « etaþ. ok *kiõþir. i. aþrum þæt ær fæþærnis iorþ* ok æl affinge iorþ. » *L. S: d.*, S. I., 2, 2. — *N. L. V: d.*, S. I., 2, 2.

2° Les immeubles achetés d'un membre de la famille et ceux aliénés à un tiers, mais rachetés en vertu du droit de retrait[1]. Le fait que les immeubles acquis par le droit de retrait étaient considérés comme des biens-fonds hérités, était une conséquence nécessaire des idées de nos ancêtres à l'égard des biens propres ; aussi les coutumes provinciales ne connaissent-elles pas, entre les biens-fonds hérités et les immeubles acquis par le droit de retrait, la distinction qui se trouve encore dans notre Code actuel.

Etaient encore exclus de la communauté conjugale les immeubles acquis[2] avant la consommation du mariage par la cohabitation[3]. La cause de cette exception est, sans doute, celle mentionnée plus haut, savoir : qu'aux immeubles acquis avant son mariage par un membre de la famille, celle-ci avait déjà des droits que ne pouvait ni diminuer, ni anéantir un mariage postérieur. Ils appartenaient donc à la famille, et devaient lui être conservés[4]. Enfin, nous remarquerons en terminant que les *moulins* et les *cours d'eau*[5] étaient aussi placés dans la catégorie des propres pour les mêmes causes que les biens-fonds.

3° *Part de chacun des époux dans les biens de la communauté.*

Nos coutumes provinciales concordent à cet égard tant avec la Grágás qu'avec les anciennes lois norwégiennes : elles sta-

[1] *L. U.*, S. I., 2, 4 : « Allæ affingæ iorþ hun a æi byrþæmannum biu- « þæs... utæn iorþ se mæþ arff til komin. ællr hawær man byrþ kiöpt aff « byrþæmanni. » *N. L. V: d.*, S. I. F., 2, 3. — *L. S: d.*, S. I., 2, 3.

[2] *L. O.*, S. M., 16, pr. — *L. U.*, S. S., 9, 1. Il est dit dans ces deux lois que la terre acquise par les époux *pendant* le mariage, appartient à la masse commune. On peut en tirer, *e contrario*, la conclusion que les immeubles acquis *avant* le mariage étaient considérés comme propres. Cf. *L. S: d.*, S. M., 3, 3. — *L. H.*, S. S., 9. — *N. L. V: d.*, S. S., 8, 3. — *A. L. V: d.*, S. M., 11, 5 : « Æru bion comin suman meþ lagh oc lanz ræth... « dör mannin taki kunæn af sænghar cöpi þriþiungin. Mannin twa lutina. « *Hafþi fyrra æghur suman. Gangi hwar til sins.* »

[3] Pour la disposition divergente contenue dans la *L. O.*, S. M., 7, pr., voir plus haut, note 1, p. 125.

[4] Voir dans la *L. O.*, S. S., 9, 10, une indication du droit commun des membres de la famille sur les acquêts immobiliers.

[5] *N. L. V.*, Add., II, 5 : « Wil maþer ællær konæ arftaknæ oþalz iord « sinæ sæliæ. *Oþol watn ællr oþol watn wærk.* Þe ok ærftækin æro. Þa skal þen sæliæ wil. Arfwom sinum laghbyuþæ, etc. Cf. *N. L.*, 9, 11.

tuent invariablement, pour le mari, *les deux tiers*, et pour la femme *le tiers* des biens communs[1]. La part de la femme y est nommée son *tiers légal* (*laga þriþiung*[2] *rætter þriþiunger sum hun giptis til*[3], *bos loter*[4]), mais ordinairement *þriþiung i bo*[5]. C'est pourquoi on disait qu'elle était *mariée au tiers* (*gipt til þriþiungs*)[6], et le partage qui avait lieu à la dissolution du mariage était, pour la même cause, nommé *partage au tiers* (*þriþiungs skipti*)[7]. Ce qu'elle recevait de la sorte pour sa part est déclaré un droit attaché au mariage légitime[8]. Mais quoique cette base de partage constituât la règle[9], on trouve dans les lois provinciales des exemples de partages à lots égaux, savoir : dans les mariages entre un esclave libéré (*frælsgiui*) et une es-

[1] *A. L. V.*, S. S., 5, 18, 24, 25; S. M., 9; *N. L.*, S. S., 7, 26, 33, 35; S. M., 16, 18; *L. O.*, Vap., 33, pr.; S. M., 7; pr., 15, 16; pr., 22, 29, 1; S. S., 9. — *L. U.*, S. S., 3, pr., 7; pr., 2; 9, 1; S. I. F., 4, 6; — *L. S: d.*, S. M., 3, 3; — *A. L. V: d.*, S. M., 11, 5; *N. L.*, S. S., 3, 8; pr., 3. — *L. H.*, S. S., 3, 7, 8. 9.

[2] *L. U.*, S. S., 3, pr. : « Giptæ til heþær ok til husfru. Ok til siæng halfvæ. Til lasæ ok nyklæ. Ok *til laghæ þriþiunæ*. » S. S., 7, pr. — *N. L. V: d.*, S. S., 3, 8, pr. — *L. H.*, S. S., 3, 7.

[3] *L. O.*, Ep., 18 : « Ok allan hænna *rættan þriþiung sum hon giptis til.* Þa takin hænna arua af hans gozs; » cf. 19.

[4] *A. L. V.*, S. M., 5, 1 : « Verþer hun eigh varþ. Þa skal hun gangæ fræ « bo ok *boslot*. i. hvarþax clæþum sinum. » *N. L.*, S. M., 5, 6.

[5] *A. L. V.*, S. M., 9; *N. L.*, S. M., 16 : « Sva ær firi gipt at skiliæ. « Þaghær þer kumæ baþi a en bolstær ok unþir ena bleo. Þa a hon *þri-* « *þiungh i bo*, etc. »

[6] *N. L. V.*, S. M., 3 : « Gifs vingiæf. *Þa giptis hun til þriþiungs.* »

[7] *A. L. V.*, S. M., 4; *N. L.*, S. M., 3 : « Huarn staþ hindradaxgæf ær. « Þa ær *þriþiungs. skipti a fæ* þerræ. »

[8] *L. O.* Ep., 19 : « Þa taþær hon ængte af hans gozs ok egh hindradaxs « gæf. ok ængin þan *ræt sum hon uar gift til* ælla giuin; » cf. S. M., 7, pr.

[9] Les cinq *härads* (les *härads*, ou *hundaris*, constituaient jadis l'ancienne subdivision militaire, politique et administrative des provinces suédoises. Ils comprenaient probablement, dans le principe, le territoire occupé par un nombre de cent familles d'hommes libres ou propriétaires fonciers. Le *härad* ne constitue guère, actuellement, que le ressort d'une juridiction de première instance (*häradsrätt*), qui toutefois ne s'étend pas aux villes ~~*du Småland*~~, lesquelles ont un tribunal spécial (*rådstufvurätt*)) ~~comitées~~, qui forment l'ancien *Wärend*, ont, depuis le treizième siècle jusqu'à nos jours, fait exception à cette règle, en ce que les femmes de paysans y ont eu un lot égal à celui du mari. Ce droit fut spécialement ratifié par une *Ordonnance royale du 26 juin* 1772.

clave née dans la maison de son maître (*fostra*), lorsque ni don des fiançailles (*vingæf*), ni Morgengabe (*hindradagsgæf, don du second jour*) n'avaient été payés[1].

4° Époque du partage des biens de la communauté.

Quoique la femme eût acquis, par la consommation du mariage, un droit au tiers des biens communs, elle ne recevait, aussi longtemps que durait le mariage, aucun droit de disposition sur sa part, laquelle était, avec ses biens propres, placée sous l'administration du mari[2]. Il ne lui était permis qu'exceptionnellement, pendant l'absence de son mari ou dans des cas de détresse, de disposer des biens communs et de les vendre[3]. C'était seulement à la dissolution du mariage que sa part dans les biens communs était connue dans son montant effectif. Dès que les terres héritées ou les propres de chaque époux, parmi lesquels on comptait la dot (*omynd*) de la femme, avaient été séparés de la masse[4], on partageait les biens communs. L'homme, ou, s'il était mort, ses enfants et ses autres héritiers prenaient sa part, et *vice versa* pour ce qui concerne la femme. Mais nos coutumes provinciales déclarent en même temps que la femme pouvait forfaire ses droits en se rendant coupable *d'adultère*[5],

[1] *A. L. V.*, S. M., 4, 2; *N. L.*, S. M, 3 : « Far frælsgiui. fostro. giffs « eigh uin gæf ællær hindradax gæf. *Þa giptis. Hun til halfnings.* »

[2] Le droit d'administration du mari était soumis à plusieurs restrictions tendantes à protéger les droits de la famille de la femme. Ainsi l'*A. L. V.*, S. I. F., 13, 2, et la *N. L. V.*, S. I. F., 7, défendaient le *væggiar köp*, ou achat, par le mari, des biens-fonds de la femme. Si néanmoins une telle transaction avait eu lieu, elle était annulée à la mort de l'un des conjoints; *L. O.*, S. M., 14, pr. — Le mari ne pouvait vendre que dans les cas de détresse la dot de sa femme. *L. O.*, S. M., *l. c.* Si, pendant le mariage, la femme héritait après ses propres enfants, d'une terre, le mari, dit la *L. O.*, S. M., 22, « est seulement un hôte dans cette terre, et non un maître « þær ær bonde gæstær til garzs ok egh husbonde. » Cf. *L. U.*, S. I. F., 4, 6; — *L. S: d.*, S. I. F., 8, pr.

[3] *N. L. V.*, S. I. F., 5 : « Eig ma kona iorþ sælia. Vtan henni vrækí « hungr till æller klæþæ lösæ æller annur þrang. » — *L. U.*, S. I. F., 6, 6. — *N. L. V: d.*, S. I. F., 13, pr.

[4] *A. L. V.*, S. S., 5; *N. L.*, S. S., 7 (voir plus haut, note 1, p. 123). *L. O.*, S. M., 15.

[5] *A. L. V.*, S. M., 5, 1 : « Havir konæ hor giort... verþer hun eigh varþ. « *þa skal hun gangæ fræ bo ok boslot.* i. hvarþax clæþum sinum. » *N. L.*,

d'abandon volontaire du domicile conjugal[1] ou *de meurtre sur la personne de son mari*[2]. A ces exceptions près, ses droits étaient absolus, quel que fût le survivant. Si, d'un autre côté, le mari avait battu sa femme de manière qu'elle en mourût, il avait à son tour forfait sa part dans les apports mobiliers de la défunte[3].

La Loi d'Ostrogothie contient toutefois des dispositions remarquables par leur divergence de celles des autres lois de Gothie et des lois du Svealand, à l'égard de la part de la femme dans les biens communs. Cette loi statue que le tiers des biens n'appartenait à la femme qu'en cas de survie[4]. Mourait-elle avant son mari, sa part était nulle, ou, comme dit la Loi d'Ostrogothie, « *le mari hérite le tiers de la femme, þa æruir bondin þriþiung hænna*[5]. » Tous les meubles et tous les immeubles acquis

S. M., 5, 6.— *L. O.*, S. E., 27, pr. Ep., 20. — *L. U.*, S. S., 5. — *N. L. V: d.*, S. S., 5. — *L. H.*, S. S., 5.

[1] *A. L. V.*, S. M., 17 : « *Löper konæ bort fran bondæ. Taki bondæn göz* « *alt.*; » cf. III, 56, fin. *L. O.*, S. E., 27, pr.

[2] *L. O.*, Ep., 19 : « Sua ok *æn hon dræpær han. Þa takær hon ængte af* « *hans gozs* ok egh hindradax gæf. *Ok ængin þæn ræt som hon uar gift til.* « *alla given.* »

[3] *L. O.*, Ep., 18.

[4] *L. O.*, S. M., 15 : « Siþan a husfrun *þriþiung af bo* ok bondans arua « tua lyti. »

[5] *L. O.*, S. M., 7 (voir p. 403 note 1). S. M., 16, pr. : « *Nu dör husfru fõr.* « *Þa æruir þriþiung hænna.* Nu köpa þön eghn mæþan þön boa saman : *þa* « *ærvir bondin sua köpu eghn sum alt bo fæ* : ok fur þing hænna for utan « hindradax gæf. Ok omynd hænna skal *rættum arua* ut fa. »

Nordström, *Sv. Samh. Hist.*, II, p. 52, dit que : « I allmänhet O. G. L. « i afseende a giftorätten i boets lösören och aflingejord följde den regel, « att *om hustrun dog fore mannen, hennes giftorätt icke utskiftades till andra* « *hennes arfvingar än hennes barn,* hvaremot, om hon ej lemnade barn « efter sig, tha aruir bondin thridhiung hænna ; » c'est-à-dire, en quelques mots, que, d'après la Loi d'Ostrogothie, la part de la femme, lorsqu'elle mourait la première, passait à ses enfants ; mais si elle n'en avait pas, au mari. Selon nous, le droit de la femme dans la communauté cessait d'exister dès qu'elle mourait avant le mari, soit qu'elle eût ou qu'elle n'eût pas d'issue. C'est ce que nous paraissent prouver les titres XV et XVI de la S. M. Le premier traite du cas où le mari meurt le premier, et où la femme doit partager la masse avec leurs enfants communs ou avec les héritiers de son époux. Il déclare positivement que la femme aura sa part dans les biens communs. Le second dit que si la femme meurt la première (*nu dör husfru fõr*), sa part dans la masse commune passe au

pendant le mariage se trouvaient, de la sorte, la propriété du mari. Le droit de la femme au tiers des biens communs était donc, d'après cette loi, d'une nature purement éventuelle.

Nous avons déjà mentionné que les lois du Svealand semblent provoquer l'hypothèse que, lorsque le régime de la communauté des biens entre époux commença à s'introduire dans les coutumes des habitants de cette partie du pays, il ne comprenait que les *biens meubles*. La Loi d'Ostrogothie paraît indiquer qu'au commencement les lois de la Gothie ne concédaient le tiers légal à la femme que dans le cas où elle était la survivante. C'était probablement encore l'usage en Ostrogothie, vers la fin du treizième siècle, lorsque la coutume de cette province fut mise par écrit. Pour le cas de survie, cette loi exige la constitution, lors de la convention des fiançailles, de l'*omynd* et du Morgengabe de l'épouse, car, dès que le mariage était dissous par la mort de la femme, l'*omynd* et le Morgengabe seuls retournaient à ses enfants ou à ses héritiers; l'*omynd* toutefois, s'il n'y avait pas d'issue directe, revenait en premier lieu à celui qui l'avait constitué. Ces dispositions de la Loi d'Ostrogothie indiquent en tout cas un âge très-reculé. Elles sont sans doute un reste des temps où la communauté des biens n'était pas encore entièrement entrée dans les usages du peuple, mais où c'était la coutume de donner à la femme, lors de la conven-

mari (*þa œruir bondin þriþiung hænna*), et cela, sans la moindre condition qu'il y ait ou non des enfants.

Il y est dit seulement que le mari restituera le *Morgengabe* et la dot de sa défunte femme aux héritiers de cette dernière, qu'ils soient *descendants* ou non. C'est, en outre, démontré par la fin du titre, où il est ajouté, quant à la dot, que si la femme n'a pas laissé d'héritiers directs (*skaparua*), l'*omynd* (la dot) retournera à celui qui l'a fournie. Le titre XXIII prévoit le cas où la femme, après avoir convolé en secondes noces et eu des enfants de son second mari, est décédée avant lui; dans ce cas aussi, il ne lui est pas donné de part dans les biens communs, mais elle retire seulement l'*omynd*, quoiqu'elle ait eu des héritiers directs. — Le seul passage que l'on puisse citer à l'appui de l'opinion que la part de la femme dans la masse commune passait à ses enfants, est le titre VII, portant que : « Æn « hon dör *barnlös* : þa a hon alla lösöra utan omynd, » c'est-à-dire quand elle meurt sans enfants : alors elle a tous les meubles, excepté l'*omynd*. Mais cela ne nous semble pas suffisant pour en tirer *e contrario*, en opposition à l'article XVI, la conclusion que, dès que le mariage laissait issue, le tiers de la femme dans les biens communs passait à ses enfants.

tion des fiançailles, seulement une dot (*omynd*) constituée par le *sponsor*, et un *mundr* (depuis Morgengabe) que le mari s'obligeait de son côté à lui payer.

II. — LOIS DES CAMPAGNES (LANDSLAGAR).

Les dispositions des *Lois des campagnes* du roi Magnus Eriksson [1] et du roi Christophe sur le régime des biens entre époux, concordent en général avec celles de la Loi d'Upland. Ces lois admettaient la communauté des biens entre époux comme une suite légale du mariage, sans qu'une convention spéciale à cet égard fût nécessaire [2]. La communauté des biens, instituée par les *Landslagar*, ne commençait toutefois, en conformité avec les dispositions des coutumes provinciales, qu'après la consommation du mariage par la cohabitation [3]. Ce principe continua même à être en vigueur jusqu'à l'an 1736, c'est-à-dire près de deux siècles après que la Loi ecclésiastique (promulguée en 1571) eut fait de la bénédiction nuptiale l'une des formalités obligatoires du mariage légitime [4].

Quant aux biens communs, ils comprenaient, comme d'après les lois provinciales :

1° Tous les biens meubles [5], tant ceux hérités par les époux avant et pendant le mariage que les acquêts, fruits de la collaboration commune ;

[1] Toutes les citations de ces lois sont empruntées à un manuscrit sur parchemin de la *Collection Cederhielm* à la Bibliothèque de l'Université d'Upsal.

[2] Abrahamsson, montre, dans ses observations sur la *L. C. Chr.*, S. M., 5, p. 279, qu'on reconnaissait, en pratique, la validité d'un pacte de communauté conclu avant ou après le mariage.

[3] *L. C. M. E.*, S. M., 6; *L. C. Chr.*, S. M., 6, 1 ; cf. même loi, S. M., 19. Quoiqu'il n'y soit pas dit expressément, comme dans les lois de *V.* et d'*O.*, que la communauté entre en vigueur dès la première cohabitation, mais seulement que la puissance du mari date de ce terme-là, il est clair que toutes les suites légales du mariage légitime doivent avoir été considérées comme naissant à la fois.

[4] Voir plus haut.

[5] Voir pour preuve que les défrichements opérés sur les forêts communales (*Almänningsjord*) étaient placés dans la classe des meubles, *L. C. M. E.*, S. Ed., 52, fin. — *L. C. Chr.*, S. Ed., 31.

2° Les immeubles acquis pendant le mariage, soit par achat, soit à tout autre titre que l'hérédité (*aflingejord*).

Les dispositions sur les *biens meubles* se trouvent dans la formule de mariage, insérée chapitre v (6) de la Section des mariages, formule qui n'est qu'une reproduction de celle de la Loi d'Upland [1]. Les dispositions sur la communauté des immeubles acquis pendant le mariage sont, d'autre part, consignées dans la Section des mariages, chap. XVIII, de la Loi de Magnus Ericson, et dans celle des immeubles (*Jorda Balken*), chapitre XXIX, de la Loi de Christophe [2]. Afin de garantir aux membres de la famille leurs droits éventuels sur les propres, les deux lois déclarent tous les biens-fonds, maisons et moulins hérités, exclus des biens communs des époux. Voici ce que dit à cet égard la Loi de Christophe (S. M., 5, 1) [3] : « Ilaghum warum giftes ey bonde i *Adel iord* eller *Hws*, eller *odhal Watnwarka* [4] Hustru sina : Eij och hon i hans. Vtan i alla andra Löösöra [5], » c'est-à-dire : « D'après notre loi, le mari n'a pas de droit de communauté aux (*litt.* : ne se marie pas dans les) biens-fonds, ni aux maisons, ni aux moulins, lesquels sont les propres de la femme, ni la femme de droit au tiers des biens propres du mari; mais aux deux conjoints sont seulement communs les biens meubles. » Dans la catégorie des biens-fonds hérités [6] était compris le *surrogatum naturale*, c'est-à-dire les biens acquis par échange ou par achat en lieu et place de terres héritées, puis vendues [7]. De même, les immeubles achetés ou acquis par le droit de retrait (*byrdkiöpt jord*) étaient considérés comme biens-fonds hérités, et appartenaient pour cette cause aux propres

[1] *L. C. M. E.*, S. M., 6. — *L. C. Chr.*, S. M., 5.

[2] *L. C. M. E.*, S. M., 18. — *L. C. Chr.*, S. I., 29 : « Alt thet *bonden* och « *hustrun kopa saman*, *badhe i Jord och Lösörom*, mädhan the hionalagh « ära *Aghe Hustru Tridiung* och *twa luti Bonden af thy köpeno.* »

[3] Cet article manque totalement dans la *L. C. M. E.*, S. M.

[4] Cf. *N. L. V.*, Add., II, 5 ; voir plus haut, note 5, p. 128. Les cours d'eau étaient aussi considérés comme immeubles. *L. C. M. E.*, S. I., 1 ; *L. C. Chr.*, S. I., 1, 1.

[5] Cf. *L. C. M. E.*, S. Ed., 52. — *L. C. Chr.*, S. Ed., 31, 1.

[6] Pour la signification du terme suédois correspondant, *arfvejord*, voir Rålamb, *Observationes jur. pract.*, Stockholm, 1679, p. 249.

[7] *L. C. M. E.*, S. I., 10. — *L. C. Chr.*, S. I., 9, 1.

des époux[1], parmi lesquels on comptait en dernier lieu tous les biens-fonds légalement acquis par l'un des époux *avant* la consommation du mariage[2].

Quant à la portion respective des conjoints, elle est, suivant les deux *Landslagar*, la même que d'après les anciennes coutumes provinciales, savoir : des *deux tiers* pour le mari, et du *tiers restant* pour la femme[3]. Mais, comme nous l'avons déjà mentionné plusieurs fois, le mari avait seul l'administration des biens communs, ainsi que des propres de la femme, toutefois avec la restriction que les biens-fonds hérités de cette dernière ne pouvaient être vendus ou aliénés par lui que dans les cas de détresse[4]. A la dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints ou par suite de divorce, on prélevait en premier lieu sur la masse commune la part du survivant, et, en cas de divorce, le tiers de la femme, à moins qu'il n'eût été forfait pour cause d'adultère[5].

III. — LOIS DES VILLES (STADSLAGAR).

Dès que des villes de commerce commencèrent à s'élever chez nous, il était dans la nature des choses que de nouveaux intérêts donnassent, dans bien des cas, à l'organisation de la famille, un caractère différent de celui développé sous l'influence

[1] *L. C. M. E.*, S. I., 10 : « Hon ægher ey byrdamannom biudas. The « iord han hafwer afflat, han ægbi wald göra aff henne hwat han wil giffwa « hona æller sælia, *wthan the jord se medh arf til komen, æller hawr man « kopt byrdh aff byrdamanne. Hon æghi biudas athj rættom byrdamannom.* » Cf. *L. C. Chr.*, S. I., 9, 1.

[2] C'est ce qu'on peut conclure indirectement de la *L. C. M. E.*, S. M. 18, et de la *L. C. Chr.*, S. J., 29; voir p. 134, note 2.

[3] Cf. dans *L. C. M. E.*, S. M., 5, et *L. C. Chr.*, S. M., 5, l'ancienne formule de mariage, presque littéralement la même que celle des anciennes coutumes provinciales : « Jagh gifter tigh mina dotter, til hedhers och « Hustru och til halfwa Säng, til laas och nykla, och *til hwan tridhia Pening « som I äghin och ägha faen i lösörum* och til allan then rätt som Uplandz « Lagh äru och then helghe Erik gaf, I nampn Fadhers, Sons och thes « helgha Anda. » — *L. C. M. E.*, S. M., 15; *L. C. Chr.*, S. M., 16 : « Ganger kona å andra Gifto... Och sidhan skifte i thry, *Barnomen twa « luti* och *Hustrunne tridiung af löösörum.* » — *L. C. M. E.*, S. M., 16; *L. C. Chr.*, S. M., 17; *L. C. M. E.*, S. M., 18; *L. C. Chr.*, S. I., 29.

[4] Cf. *L. C. M. E.*, S. I., 26; — *L. C. Chr.*, S. I., 27, 28.

[5] *L. C. M. E.*, S. M., 10; — *L. C. Chr.*, S. M., 11.

des lois des campagnes. Le principe de la conservation des terres héritées dans la famille, ne pouvait avoir, chez une population commerçante, la même importance que chez des propriétaires fonciers, unis entre eux par les liens du sang, par les obligations d'un appui mutuel, et adonnés à l'agriculture ou au métier de la guerre. Les intérêts du commerce exigent la mobilité de la propriété. Aussi tous les obstacles qui, d'après les lois des campagnes, s'opposaient au passage des biens-fonds de la famille en des mains étrangères, durent-ils être anéantis ou écartés, pour placer, devant la loi, les immeubles à l'égal des biens meubles. En outre, il était avantageux au commerce et à l'industrie qu'une entreprise commerciale ou industrielle prospère et lucrative ne s'arrêtât pas à la mort du mari ; il était, pour cette cause, d'une grande importance que la veuve fût mise en état de continuer cette entreprise avec une portion suffisante de la masse commune. Ces principes nouveaux, différents de ceux des Lois des campagnes, datent, sans aucun doute, principalement de l'époque où les bourgeois commerçants de nos villes firent la connaissance du Droit de la ville hanséatique de Lubeck[1], et où des marchands et des ouvriers allemands s'établirent en Suède.

Nos deux lois des villes, savoir : celle dite de Bjärkö (*Bjärkoä Rätt*)[2], et celle de Magnus Eriksson[3], ainsi que la Loi de la ville de Visby[4] (île de Gotland) établissent, pour les raisons que nous venons de donner, une communauté des biens universelle entre époux. Tous les biens, meubles ou immeubles, hérités ou acquis avant ou pendant le mariage, tombaient dans la masse commune. La loi ne reconnaissait pas de propres, à l'exception de ceux spécialement réservés. Mais si les époux possédaient des immeubles à la campagne, ces biens suivaient, avec les outils et instruments agricoles, les principes du régime de la com-

[1] On fait dater du commencement du treizième siècle la première collection du *Droit de la ville de Lubeck*; voir Mittermaier, *l. c.*, I, § 11.

[2] Cette loi, rédigée dans le principe pour la ville de Stockholm à la fin du treizième siècle ou au commencement du quatorzième, a été aussi en vigueur dans la ville actuellement détruite de Lödöse, près de Gothembourg, et peut-être aussi dans quelques autres villes. Voir l'avant-propos de l'édition, donnée par M. Schlyter, du *Bjärkoa-Rätt*, p. XXXI-XXXVII.

[3] Rédigée entre les années 1347-1365.

[4] Rédigée au milieu du quatorzième siècle ; voir l'avant-propos de l'édition de cette loi, donnée par M. Schlyter, p. IV-VII.

munauté consacré par les Lois des campagnes [1]. De la totalité de la masse commune, la loi de Bjärkö [2] et la Loi des villes de Magnus Eriksson [3], accordaient la moitié au survivant, et l'autre moitié aux enfants des conjoints, ou, si le mariage n'avait pas laissé d'issue, aux plus proches héritiers du défunt. La Loi de Visby suit, toutefois, d'autres principes à cet égard : elle statue que, si le mari survit à la femme, et qu'il n'y ait qu'un seul enfant, ou que le mariage n'ait pas laissé d'issue, le mari prend, dans ces deux cas, les *deux tiers*, et l'enfant, ou les autres héritiers de la femme, le tiers restant, ainsi que les habits et les objets de toilette de la défunte. S'il y a plusieurs enfants, le mari ne reçoit que la moitié des biens, et la moitié restante appartient aux enfants. Le mari décédant, par contre, *avant* la femme, s'il n'y a qu'*un* enfant, ou aussi, s'il n'y a pas d'enfants du même lit, la veuve survivante et l'enfant, ou, à défaut de ce dernier, les autres héritiers du mari reçoivent une *part égale ;* mais si le mari laisse plusieurs enfants, la veuve a *un tiers*, et les enfants, les *deux tiers restants* [4], ainsi que les habits et les armes de leur père défunt.

IV. — RÉGIME EXCEPTIONNEL DE COMMUNAUTÉ DES BIENS.

Les dispositions des Lois des campagnes à l'égard du régime de la communauté des biens entre époux, étaient obligatoires

[1] Voir *L. V. M. E.*, S. M., 5, pr. (note 4) et les remarques d'Arnell, sur cette loi, p. 279.

[2] L. B., 24 : « Þæt ær oc *staspins rættir. en maþær giptis i kunu goz.* « *giptis til alz halfs*. swa giptis oc konæ i maz bo. » — 27 : « Siþæn skipti « hun til halfs. viþ barn sin. æller arwingiæ sinæ. »

[3] La *L. V. M. E.*, S. M., 5, contient cette disposition dans sa formule de mariage : « Jak gifwer tik mina dotter til heder ock Hwssfrw, ock « halfwa Siäng, Låås ock Nykla, ock *alls halffs wunnit och owunnit*, i Pen- « nigom ock Löösörom : ock hwat thet är Jord ock Löösöra å lande, the « som i Boskapenom äru skiptas epter Landz Lagum. » — S. M., 9, 4 : « Döör Hwsfrw barnlöös för än Bonden, *taki ärfwingia henna allt halfft* « *wider han :* Ock enga Morgongafwo... » § 5 : « Få the förnempda Barn « saman, ock Hwssfrun lifwer epter Bonden... Ock sidan *skipte hon til* « *halffs widh barn sin.* » — S. M., 12 : « Går kona å andro Giffte... Sedan « skipte i thu. *Taki halfft hon och Barn henna, hwat thet är hälst Gårda* « *eller andra ägor.* » Cf. chap. XIII et XIV.

[4] *Loi de Visby*, IV, 3, 1–6.

pour tous les habitants des campagnes, sans égard à la différence qui s'établit peu à peu entre les nobles (*frälsemän*) et les roturiers (*bonder*). « La loi des hommes libres d'alors, » dit Nordström [1], « n'avait pas égard à l'autorité ni à la noblesse de la famille : elle ne connaissait que l'*Odalman* (propriétaire foncier). » Même après que la noblesse eut, à différentes époques, obtenu des priviléges importants, on ne rencontre pas, pour cette classe, de modifications à la Loi des campagnes, qui était la *loi générale* du pays ; on trouve encore moins, dans les anciens temps, ainsi que cela a eu lieu de nos jours [2], le régime de la communauté d'après la *Landslag*, cité comme un privilége exclusif dela noblesse [3].

Jean III chercha, par les priviléges de 1590 en faveur de la noblesse, à introdnire plusieurs modifications importantes dans la loi, « afin que les familles nobles pussent d'autant mieux se maintenir (på det att adelns slächter måtte dess bättre kunna blifva wedh macht), » et voulut pour cette cause exclure les femmes nobles de l'héritage des biens-fonds [4] (*fast jordagoz* dans la langue de l'époque). Mais il ne paraît pas avoir été question d'abroger le régime de la communauté entre époux nobles, ni d'en refuser l'application d'après les dispostions générales de la Landslag. En des termes sur lesquels il est impossible de se méprendre, Charles XI dit, dans un rescrit au Sénat du royaume, du 29 mars 1682, que « lorsqu'il s'agit de la part dans les biens communs d'une femme suédoise, veuve d'un noble suédois, la question ne peut être décidée que suivant la loi suédoise [5] (ther quæstio är om en Svensk Frus *Giftorätt* efter sin man, som var *Svensk Riddersman*, saken bör eller kan *ey annorledes, än efter Svensk Lag decideras*). » Ce que Charles XI nomme ici la loi suédoise, ne peut être que la Landslag.

[1] *L. C.* I, p. 151.

[2] Voir les *Procès-verbaux de la chambre des nobles*, diète de 1844-45, VII, p. 68-72.

[3] Le seul fait dans lequel il fût possible de voir une interprétation de ce genre, est une déclaration du grand justicier (Riks-Drotz) Pierre Brahe, dans la séance du sénat royal du 5 juin 1668, touchant la révision de la loi (en copie dans la collection Palmsköld, à la Bibliothèque d'Upsal) ; le contenu cité par Posse, *Bidrag till Svenska Lagstiftningens Historia*, Stockholm, 1850, p. 136.

[4] Cf. Nordström, *l. c.*, I, p. 190.

[5] Voir Schmedeman, *Just. Verk.*, p. 753.

Toutefois, notre ancien droit connaît une communauté des biens conjugaux exceptionnelle, née au seizième siècle, et s'éloignant réellement des dispositions de la Landslag sur le régime des biens entre époux. Ce régime exceptionnel consistait dans *le droit qu'avaient les femmes des ecclésiastiques domiciliés à la campagne*, à la moitié de tous les biens des époux, comme d'après la Loi des villes, droit établi à la demande même du clergé, et pour la première fois sanctionné par Jean III, lors de son couronnement, en 1569[1]. Son frère, le duc Charles (plus tard Charles IX), paraît, cependant, ou ne pas avoir connu, ou avoir fait semblant d'ignorer cette exception ; car blâmant, dans une lettre patente du 2 novembre 1594, le chapitre de Skara (Vestrogothie) d'avoir consenti « à ce que les femmes des pasteurs du diocèse succédassent, à la mort du mari, à la moitié, et leurs enfants à l'autre moitié des biens de la masse (att alle *Preste Hustrur* ther i Stifftet måge gå uti *halfft arf efter theras Mäns död med sine Barn*), » il déclare cette disposition avenue « sans l'avis ni l'autorisation du souverain[2] (utan Ofwerhetens betänckianne och samtycke). » On trouve toutefois statué dans les *Privilèges du clergé*, du 28 novembre 1650, et dans ceux du 1er octobre 1675, que « les veuves des ministres partagent, sans égard à la situation des immeubles, les biens meubles et immeubles de la masse commune, suivant les dispositions de la Loi des villes, c'est-à-dire par moitié avec les enfants[3] (at Präste Enchiorne uti Arfskiptet efter sina Män måga dela Godset löst och fast, ehwarest thet är belägit, efter Stadslag). » Ce régime des biens conjugaux a été reproduit et de nouveau sanctionné dans les *Priviléges du clergé*, encore en vigueur, du 16 octobre 1723[4]. Cependant les dispositions qui s'y trouvent à cet égard, ne concernent pas les immeubles appartenant aux époux avant le mariage[5], à partir duquel seulement commençait le

[1] *Articuli in coronatione* Johannis III, 1569, XI (Von Stiernman, *Riksd. och Mötens Beslut*, IV, p. 237) : « Sanxit S. R. M. ut *Uxores Pastorum* « *ruralium* possint *juxta Leges Civium consequi dimidietatem Bonorum in* « *divisione hæreditaria*, post obitum *pastorum defunctorum*. »

[2] Schmedeman, p. 110.

[3] *Prestersk. Privilegier af* d. 1 *oct.* 1675, § 13 (Schmedeman, p. 675).

[4] *Prestersk. Privilegier af d.* 16 *oct.* 1723, § 13 (Modée, I, p. 493).

[5] Cf. Abrahamson, rem. à la *L. C. Chr.*, S. M., 5, p. 280-81.

droit de la veuve. On ne doit pas oublier non plus que les avantages conférés par ces dispositions, ne concernaient que la femme et non le mari ; car si la femme mourait la première, et que les époux eussent demeuré à la campagne pendant le mariage, le partage des biens conjugaux avait lieu d'après les principes consacrés par la Landslag.

V. — APPLICATION DES PRINCIPES DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX DURANT LE DIX-SEPTIÈME SIÈCLE.

Avant de terminer ce précis sur l'origine et le développement de la communauté des biens conjugaux d'après les anciennes lois de notre patrie, il ne sera pas sans intérêt de jeter un coup d'œil sur l'application des dispositions de la loi faite, dans les cas douteux, par les tribunaux, pendant le siècle qui a précédé la rédaction de notre code actuel. Nous nous croyons d'autant plus obligé de le faire, que ce siècle occupe uue place éminente dans l'histoire du droit suédois. Notre droit s'avança, pendant ce temps, à pas lents mais sûrs, vers la rédaction nouvelle que vit naître l'année 1734 [1], et le développement de l'ordre social provoqua un nombre considérable de modifications aux Lois des villes et des campagnes. Mais ces modifications s'appuyaient ordinairement sur des arrêts concordants des tribunaux, de sorte qu'un long usage établissait successivement les bases des règles générales qui devaient être plus tard formulées en loi [2]. Aussi trouve-t-on rarement, dans les ordonnances du dix-septième siècle, autre chose que la sanction d'un usage très-reconnu depuis longtemps dans la pratique. Mais ce siècle ne manqua pas non plus de grands projets de loi, tendants à effectuer une révision complète de l'ancienne Loi des campagnes ; on rencontre pendant le règne de Charles IX deux projets différents [3]

[1] Cf. H. Järta (dans le journal *Frey*, 1841, 2), et Posse, *l. c.*, p. 14 et suiv.

[2] Nehrman, *Jur. crim.*, p. 16, fait la remarque « qu'avant 1736, on jugeait d'après *l'usage*, de sorte que le juge, peu exercé dans la pratique des tribunaux, ne savait parfois pas sur quelle base il devait fonder son arrêt « före 1736 afdömdes efter *sedvana*, så at domaren, som i måls afdömande « ej thes mera öfwad war, icke wiste stundom, hwarefter han döma « skulle. »

[3] Voir, à cet égard, Järta, *Vitterh. Hist. oc Ant. Acad. Handl.* (*Mémoires*

d'une nouvelle Loi des campagnes, dans lesquels la *Section des mariages* est, entre autres, traitée *in extenso*. Ces projets ne tendaient toutefois pas à une modification des dispositions alors en vigueur sur le régime de la communauté des biens conjugaux, car ce qu'ils contiennent à ce sujet, est entièrement conforme à l'ancienne loi [1].

Nous allons donner un exemple de la manière dont les cas douteux sur le régime de la communauté des biens des époux se décidaient, d'après la pratique, dans les tribunaux. La *Section des mariages* de la *Landslag* du roi Christophe contient, chap. V, la disposition suivante que nous avons déjà citée plus haut, mais que nous reproduisons ici : « I laghum warum giftes ey bonde i Adel jord [2], eller Hws, eller Odhal Watnwärka Hustru sinna : Eij oc hon i hans. Vtan i alla andira Löösöra, » c'est-à-dire : « D'après notre loi, le mari [*litt.* le paysan, *bonde* [3] n'a pas de droit de communauté aux biens-fonds ni aux maisons, ni aux moulins, lesquels constituent les propres de la femme, ni la femme de droit au tiers des biens propres du mari ; mais aux deux conjoints sont seulement communs les biens meubles. » Mais il n'y est pas dit expressément si les revenus des biens-fonds

de l'Acad. des Inscriptions et Belles-Lettres de Suède), XIV, p. 338 et suiv., et Posse, *l. c.*, p. 14-29.

[1] La Bibliothèque de l'Université d'Upsal possède (*Nordinska Saml.*, fol. n° 128 et 4°, n° 32 (l'ancien catalogue) deux manuscrits du *Projet de loi*, dit *de Rosengren*. La Section des Mariages (nommée ici *Gipthomala Balken*) y est divisée en dix-sept chapitres, sans rubriques. Le chapitre V contient une formule de mariage à peu près identique à celle de la *L. C. Chr.*

[2] Les opinions ont été partagées sur la vraie signification de ce terme. Quelques-uns pensaient qu'il signifiait seulement les *biens-fonds hérités* ; d'autres y faisaient entrer, en outre, *les biens-fonds acquis avant le mariage*. A cette dernière opinion se rattachaient : Loccenius, *Synopsis juris privati*, Gothembourg, 1673, p. 83 ; — Rålamb, *Observationes jur. pract.*, p. 291-92 ; — Nehrman, *Jurisprud. civ.*, p. 209.

[3] Le mot suédois *bonde* signifiait dans l'origine : *habitant campagnard de condition libre, propriétaire foncier libre*, sans désignation de classe. D'après l'ancien droit public de la Suède, les paysans propriétaires constituaient l'aristocratie de ces temps reculés, et c'est de leur sein que son sorties les plus anciennes familles de l'aristocratie suédoise actuelle. Il n'existait, dans l'ancienne civilisation scandinave, que deux classes principales de personnes, les paysans et les esclaves. Entre eux était une population flottante composée soit d'ouvriers libres, mais sans fortune, soit d'esclaves libérés.

appartenant à l'un des époux tombent dans la masse commune, ou suivent la condition de la terre, et doivent être considérés comme exclus de la communauté. Les opinions furent longtemps partagées là-dessus[1], jusqu'à ce qu'il fût statué par un arrêt royal du 13 novembre 1671, que ces revenus tombaient sous le régime de la communauté[2]. Cet arrêt servit désormais de règle, et les mêmes principes furent formellement énoncés dans l'Ordonnance royale du 28 mai 1687[3]. Il paraît toutefois que l'on eut assez longtemps encore des doutes sur le principe même, ce que témoigne du moins un rapport donné, le 21 août 1690, à la commission dite *de législation*[4], par M. de Liliemark, juge assesseur à la Cour royale de Svea (*Svea Hof Rätt*).

D'autres questions encore avaient été décidées par des arrêts des tribunaux supérieurs; telles étaient, par exemple, les suivantes : Le mari avait-il droit aux deux tiers des terres acquises, dans un mariage précédent, par sa femme, en vertu du régime de la communauté ?

Cette question reçut une solution négative par un arrêt du 19 juillet 1716, de la Cour royale de Svea[5]. La question, si la terre rachetée pendant le mariage par un des époux, en vertu de son droit de retrait, tombait dans la masse commune, paraît avoir été invariablement résolue par la négative, tandis qu'au contraire la somme payée pour le même immeuble était considérée comme entrant dans les biens communs[6]. Y avait-il collision entre la Loi des villes et celle des campagnes, les tribunaux suivaient le principe que si les époux domiciliés à la campagne avaient, avant leur entrée en mariage, acquis des maisons dans

[1] Loccenius, *l. c.*, p. 88-89.

[2] Cet arrêt est cité par Abrahamsson, remarques sur la *L. C. Chr.*, p. 280, par la Commission dite de Législation, et dans le Projet de Section des Mariages, rédigé en 1690 par l'assesseur de Leijonmark (voir *Nordin. Saml.*, in-4°, 169).

[3] Voir Schmedeman, *Just. Verk*, p. 1120.

[4] Ce rapport, qui donne les raisons pour et contre, se trouve aux Archives de l'Etat (*Red. Forslag. t.*, 1734 *ars Lag*, II), et en copie, dans la collection Palmsköd (*Saml. Jurid.*, in-4°, VII, p. 97 et suiv.), à la Bibliothèque d'Upsal.

[5] *Collectanea Juridica*, de Beckius (Archives de l'Etat), I, fol. 290.

[6] Cf. Abrahamsson, Remarques sur la *L. C. Chr.*, p. 301, et Nehrman, l. c., p. 210.

la ville, la question était décidée d'après les principes du régime de la communauté établis dans la Loi des villes. Les opinions étaient, par contre, partagées sur le point suivant : des époux placés sous la juridiction de la Loi des campagnes, ayant acheté, pendant le mariage, des immeubles dans la ville, possédaient-ils ces immeubles en commun d'après le régime de communauté de la Loi des villes ou d'après celui de la Loi des campagnes? Les défenseurs de cette dernière opinion soutenaient que le mari avait droit aux deux tiers, et la femme seulement au tiers restant, parce que ces quotes-parts représentaient les portions respectives des époux dans la somme qui avait servi à opérer l'achat [1].

Nous mentionnerons, en dernier lieu, une question bien souvent élevée : Un paysan marié, quittant la campagne pour s'établir dans la ville, devait-il jouir du régime de la communauté des biens d'après la Loi des campagnes ou d'après la Loi des villes? La première opinion paraît avoir prévalu [2], car on considérait, avec beaucoup de raison, que le régime des biens conjugaux devait être jugé au point de vue des circonstances existantes à l'entrée en mariage.

CHAPITRE VI.

COMMUNAUTÉ DES BIENS D'APRÈS LE DROIT SUÉDOIS ACTUEL.

Le Code suédois de 1734 n'est que la réunion en une seule loi de l'ancienne Loi des campagnes et de l'ancienne Loi des villes, dont les dispositions ont été modifiées suivant les besoins amenés par le temps. Le législateur y a conservé avec une remarquable piété les principes enracinés dans les mœurs du peuple, et n'a adopté que les principes nouveaux dont le progrès de la civilisation rendait l'introduction indispensable dans la législation du dix-huitième siècle.

[1] A cette dernière opinion se rattache Abrahamsson, p. 280, s'appuyant sans doute à cet égard sur la pratique des tribunaux, quoiqu'il cite une Ordonnance royale du 29 mars 1682 (Schmedeman, *Just. Verk.*, p. 752). — A la première opinion appartient, par contre, Nehrman, déclarant (*Jurispr. civ.*, p. 210) que l'on doit toujours suivre la loi du territoire où la terre est située, « rätta sig efter orthen ther ägendomen belägen är. »

[2] Cf. Abrahamsson, p. 280.

Aussi, quant à la communauté des biens, le législateur a-t-il, dans le Xe chapitre de la Section des Mariages, réuni, avec fort peu de modifications, toutes les dispositions de la Loi des villes et de celle des campagnes à cet égard.

Le régime de la communauté institué par la loi peut toutefois être modifié par un contrat de mariage (*äktenskaps förord*, *pactum antenuptiale*), si ce contrat a été conclu *avant* la cérémonie nuptiale, et avec toutes les formalités prescrites dans le chapitre VIII. Dès qu'un tel contrat existe, les clauses qui y ont été stipulées par les époux ont force de loi, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte aux droits d'un tiers. Mais si les époux n'ont pas fait, avant le mariage, de stipulations sur les biens qui seront soumis au régime de la communauté, leurs biens tombent nécessairement sous le régime institué par la loi, tant à l'égard des biens qui seront réputés communs qu'à l'égard de la part de chaque époux dans ces biens. Le Code de 1734, ainsi que la Déclaration royale du 23 mars 1809, placent sous le régime de la communauté les biens suivants :

1° *Les biens meubles*, sans égard à leur nature de biens hérités ou d'acquêts ;

2° *Les terres acquises pendant le mariage ;*

3° *Les terres acquises par retrait pendant le mariage*, dès qu'il n'a pas été fait, dans l'acte d'achat, de réserve que ces terres appartiendront à celui des époux que les liens du sang unissent au vendeur ;

4° Les maisons et biens-fonds situés dans les villes ou leurs banlieues.

Sont, par contre, pour la protection des droits de succession éventuels des parents, expressément exceptés du régime de la communauté entre époux, et considérés comme propres :

1° *Les terres héritées par l'un ou l'autre des époux ;*

2° *Les majorats ;*

3° *Les terres acquises par retrait*, lorsque l'acte d'achat contient la réserve que ces terres appartiendront à titre exclusif à celui des époux qui est le parent du vendeur ;

4° *La dot*, tant en meubles qu'en immeubles, constituée à condition de révocation ou de restitution;

5° *Les meubles ou immeubles acquis par l'un ou l'autre des époux, soit à titre de don, soit en vertu d'un testament portant*

qu'ils appartiendront en propre à l'un ou à l'autre des époux (Ordonnance du 19 mai 1845);

6° *Les terres acquises avant le mariage.*

Quant à la part de chaque époux dans la masse commune, la Loi de 1734 distinguait entre les *meubles* et les *immeubles*, et posait, pour les premiers, les deux règles suivantes :

De *tous les biens meubles*, tant à la campagne qu'à la ville, le *noble* et le *paysan* recevaient les *deux tiers*, et la *femme noble* et la *femme paysanne* le *tiers restant* de ces biens, d'après l'ancien droit des campagnes.

De tous les biens meubles, tant à la campagne qu'à la ville, chez les *ecclésiastiques* et toutes les *personnes appartenant au clergé* (comme, par exemple, les instituteurs des colléges), ainsi que chez les *bourgeois* et *roturiers domiciliés dans les villes*, *le mari prenait une moitié, et la femme la moitié restante, d'après l'ancien droit des villes.*

A l'égard des immeubles, deux règles aussi fixaient la part respective des conjoints; c'étaient les suivantes :

Des immeubles situés à la campagne, le mari prenait les *deux tiers*, et la femme le *tiers restant*, sauf, toutefois, si l'époux appartenait au clergé ; dans ce dernier cas, les conjoints recevaient *des parts égales ;*

Pour tous les immeubles situés dans les villes ou leurs banlieues, les époux recevaient des parts égales, sans égard à la condition sociale des personnes.

Tel fut l'état des choses jusqu'à la Diète de 1844-50. Les Etats du Royaume établirent, et l'Ordonnance royale du 19 mai 1845 sanctionna le principe nouveau que, dans tous les mariages conclus après le 14 septembre de la même année, les époux recevront, sans égard à leur condition sociale, *une part égale dans tous les biens communs, tant meubles qu'immeubles.* Toutefois cette loi ne reçut pas de vertu rétroactive pour les mariages conclus avant le jour indiqué plus haut, lesquels continuèrent à être soumis aux dispositions du Code de 1734. Cette réforme dans le régime des biens conjugaux avait été ardemment demandée presque à chaque Diète, pendant une trentaine d'années ; elle avait été repoussée avec tout autant de ténacité comme conduisant à un morcellement des terres nuisible à la noblesse et aux paysans. Maintenant que la réforme est complétement établie.

la nation entière en est pleinement satisfaite, et se félicite, à juste titre, de la victoire remportée par un principe basé sur la justice, l'égalité devant la loi et l'humanité.

Entre autres dispositions, notre loi statue que les époux partagent les dettes d'après les principes qui régissent leur part dans la communauté. Mais en cas de faillite, la part de l'un des époux aux biens de la masse ne peut être saisie que pour payer les dettes particulières de l'autre, dès que la séparation des biens (*boskilnad*) a été légalement demandée.

Le partage des biens conjugaux qui, pendant le mariage, sont sous l'administration exclusive du mari, n'a lieu qu'à la mort de l'un des époux, ou après un divorce, ou encore dans les cas de simple séparation des biens.

Enfin, les droits des époux sur les biens communs sont forfaits dans les circonstances suivantes :

1° En cas de meurtre, le meurtrier perd toute part aux apports de l'autre conjoint;

2° Si l'un des époux commet adultère, le coupable perd la moitié de sa part aux biens communs ;

3° Lorsque l'un des époux, quittant le domicile conjugal pour n'y plus rentrer, s'est rendu en pays étranger, et

4° Lorsque l'un des époux se rend, de manière ou d'autre, coupable d'un attentat à la vie de son conjoint.

Dans ces deux derniers cas, le coupable a forfait toute sa part dans les biens communs.

TABLE DES MATIÈRES.

TROISIÈME SECTION.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

ERRATA.

Page 47, note 3, *au lieu de :* page 278, *lisez :* page 54.
Page 54, note 2, *au lieu de :* page 277, *lisez :* page 53.
Page 54, note 3, *au lieu de :* page 277, *lisez :* page 53.

Paris. — Typographie Hennuyer et fils, rue du Boulevard, 7.





